



TESIS DOCTORAL

**LA TRANSMISIÓN DE RIESGOS EN EL
CONTRATO DE OBRAS EN EL DERECHO
EUROPEO**

ATENEA MELGAREJO VARGAS

UNIVERSIDAD PABLO DE OLAVIDE

SEVILLA, 2020

*A mi madre y a Diego,
por su amor y apoyo siempre.*

LA TRANSMISIÓN DE RIESGOS EN EL CONTRATO DE OBRAS EN EL DERECHO EUROPEO

ATENEA MELGAREJO VARGAS

**TESIS DOCTORAL EN DERECHO CIVIL COMPARADO
PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
UNIVERSIDAD PABLO DE OLAVIDE**



DIRECTOR DE TESIS:

**PROF. DR. D. FRANCISCO JOSÉ INFANTE RUIZ
CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL
UNIVERSIDAD PABLO DE OLAVIDE**

ABSTRACT

La transmisión de los riesgos en el contrato de obra resulta especialmente interesante dada la complejidad y diversidad de situaciones que se producen en la realidad del actual mundo globalizado. Este estudio analiza la materia partiendo de la regulación del ordenamiento civil español y elaborando también un estudio comparado con el Marco Común de Referencia (DCFR), al objeto de explorar la homogeneización del Derecho Civil que está aconteciendo en el ámbito europeo, cimientos para avanzar hacia un auténtico ordenamiento civil europeo. Sobre la transmisión de los riesgos se realiza la conceptualización de la «teoría del riesgo divisible en el contrato de obra inmobiliaria», que en contraposición con el tratamiento del riesgo de construcción por la doctrina como riesgo único en el contrato de obra, aporta el hallazgo de la existencia de múltiples riesgos atendiendo al momento en que se pueden materializar y su transmisión desencadenados por determinados sucesos o contingencias, teniendo presente como marco jurídico la regulación del Código Civil y la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE). La «Teoría del riesgo divisible» conceptualiza seis tipos de riesgos: riesgo principal o riesgo por pérdida fortuita, riesgo por defectos aparentes, riesgo residual o riesgo por vicios ocultos, riesgo de pérdida por defectos advertidos u objeto de reserva, riesgo invertido o riesgo por retraso en la recepción o mala calidad de los materiales advertida y riesgo fraccionado por pérdida fortuita. Especial interés reviste el análisis comparativo con la regulación de la transmisión de los riesgos en la figura del contrato de obra del Sector Público, lo que permite extraer diferencias importantes entre ambos ordenamientos que resultan muy relevantes. Se analiza la regulación de la distribución de los riesgos entre el contratista y la Administración en los contratos de colaboración público-privada, figura contractual en auge en la actualidad, conocida y utilizada en la Unión Europea mediante la figura de la concesión. Por último, el análisis comparativo del régimen jurídico aplicable a los contratos mixtos regulado en el DCFR y su contraste con la regulación de los mismos en la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) revela destacables diferencias.

ÍNDICE

Abreviaturas y acrónimos	11
INTRODUCCIÓN. El contrato de obras y los riesgos en el panorama internacional.....	13

Capítulo I

EL CONTRATO DE OBRAS EN EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL

1. EL CONTRATO DE OBRAS: DIVERSIDAD Y DIFERENCIACIÓN DE OTRAS FIGURAS CONTRACTUALES	17
1.1. El contrato de obra inmobiliaria	24
1.2. Contrato de obras con y sin suministro de materiales	25
1.3. Contrato de obra mercantil o administrativo	32
2. EL CONTENIDO DEL CONTRATO DE OBRAS	34
3. EL CONTRATO DE OBRAS ANTE LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO CONTRACTUAL Y LA PROPUESTA DE ANTEPROYECTO DE LEY DE MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS DE LA COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN	37
3.1. El contrato de obras ante la modernización del Derecho contractual	38
3.2. Sobre la relación existente entre el incumplimiento contractual y la teoría del riesgo en la Propuesta de Modernización del Código Civil	44
3.3. La alteración extraordinaria de las circunstancias del contrato y los riesgos	57

Capítulo II

LA TEORÍA GENERAL DEL RIESGO CONTRACTUAL Y LA TRANSMISIÓN DE RIESGOS EN EL CONTRATO DE OBRAS EN EL CÓDIGO CIVIL Y LA LEY DE ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN

1. LA TEORÍA GENERAL DEL RIESGO CONTRACTUAL Y LA TRANSMISIÓN DE LOS RIESGOS EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL EN EL DEBATE DOCTRINAL INTERNACIONAL	65
2. LA TRANSMISIÓN DE RIESGOS EN EL CONTRATO DE OBRAS EN EL CÓDIGO CIVIL Y LA LEY DE ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN	69

Capítulo III

LA TRANSMISIÓN DE RIESGOS EN EL CONTRATO DE OBRAS EN EL NUEVO DERECHO EUROPEO DE CONTRATOS

1. LA TRANSMISIÓN DE RIESGOS EN EL CONTRATO DE OBRAS EN EL DERECHO CONTRACTUAL MODERNO.....	89
1.1. Los riesgos en Principles of European Law on Service Contracts (PEL SC)	90
1.2. Los riesgos del contrato de obras en el Marco Común de Referencia (DCFR)	93
1.2.1. Los deberes pre-contractuales de informar en el DCFR	94
1.2.2. El contrato de obras en el DCFR	99
1.2.3. La Conformidad en el contrato de obras en el DCFR	102
1.2.4. La transmisión de los riesgos en el contrato de obras en el DCFR	106
1.2.5. La distribución de los riesgos <i>inter partes</i> en caso de pérdida y el <i>relevant time</i> en el contrato de obras en el DCFR	108
2. EL MODELO DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR CUMPLIMIENTO DEFECTUOSO DEL CONTRATO DE OBRAS EN EL DERECHO ALEMÁN	112
2.1. La Reforma del Derecho de obligaciones alemán de 2002	114
2.2. El modelo de responsabilidad civil por cumplimiento defectuoso del contrato de obras en el derecho alemán y su efecto mitigador de los riesgos	116
2.2.1. El Concepto de «vicio» en el contrato de obras y derechos de garantía en el Derecho alemán	120
2.2.2. El cumplimiento posterior	122
2.2.3. La Auto-ejecución o <i>Selbstvornahme</i>	125
2.2.4. Las consecuencias de la falta de conformidad y los riesgos	127

Capítulo IV

LA CONCEPTUALIZACIÓN DE UNA TEORÍA DE RIESGOS EN EL CONTRATO DE OBRA INMOBILIARIA

1. LA CONCEPTUALIZACIÓN DE LA TEORÍA DEL RIESGO DIVISIBLE EN EL CONTRATO DE OBRA INMOBILIARIA	133
2. LA CONCEPTUALIZACIÓN DE LA TEORÍA DE LOS NIVELES DE RIESGO SEGÚN LA GRAVEDAD DEL VICIO EN EL CONTRATO DE OBRAS	141
3. LA TEORÍA DE LA PRESUNCIÓN DE ENTREGA EFECTIVA	147
4. EXCEPCIONES A LA TRANSMISIÓN DEL RIESGO: RESPONSABILIDAD Y <i>BESITZKONSTITUT</i>	151

Capítulo V

EL CONTRATO DE OBRAS DEL SECTOR PÚBLICO EN EL DERECHO ESPAÑOL

1. OBJETO, NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA NUEVA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO (LCSP)	159
1.1. Objeto y ámbito de aplicación de la LCSP	159
1.2. Régimen jurídico del contrato de obras en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del Sector Público	166
1.3. Debate doctrinal sobre la naturaleza jurídica del contrato de obras Administrativo	168
1.4. El Encargo a medios propios de la Administración como alternativa al contrato de obras administrativo	174
2. LOS RIESGOS EN EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA EN LA LCSP	176
2.1. La configuración conceptual del riesgo, su clasificación y la gestión sistemática de los riesgos en la contratación pública	176
2.2. Conceptuación del riesgo en la contratación del Sector Público en España y principio de riesgo y ventura del contratista	198

2.3.	El <i>Factum principis</i> y el restablecimiento del equilibrio económico del contrato ...	203
2.4.	Los riesgos en el contrato de obras <i>versus</i> los riesgos en el contrato de concesión de obras y el contrato de concesión de servicios	219
2.5.	Diferencias en la transmisión de los riesgos con el ordenamiento civil	231
3.	EL CONTRATO DE COLABORACIÓN PÚBLICO – PRIVADA	240
3.1.	Concepto, objeto, régimen jurídico, características y duración del contrato	240
3.2.	Los riesgos en la contratación público-privada	246
3.2.1.	Los riesgos del contrato CPP y el <i>Project Finance</i>	247
3.2.2.	Categorías de Riesgos del Manual SEC-95 de Eurostat	254
4.	EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE OBRAS EN EL DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS	259
4.1.	Los Contratos mixtos en el Marco Común de Referencia y en la nueva Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público y sus divergencias	261
4.1.1.	Los Contratos mixtos en el Marco Común de Referencia	262
4.1.2.	Los Contratos mixtos en la nueva Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público y sus divergencias con el Marco Común de Referencia	263
4.2.	La modernización del contrato de obra pública en el Derecho Comparado	271
4.3.	El régimen jurídico del contrato de obras y los riesgos en la contratación pública en el ámbito internacional	280
CONCLUSIONES		
“SOBRE UNA TEORÍA DEL RIESGO EN EL CONTRATO DE OBRAS”		289
Índice cronológico de Jurisprudencia		305
Bibliografía		309

ABREVIATURAS

ADC	Anuario de Derecho Civil
AEEE	Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen (Ley alemana sobre Condiciones Generales de la Contratación)
BT-DRUCKS	Bundestagsdrucksache (Impresos del Parlamento Federal)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemán)
BGH/BGHZ	Bundesgerichtshof/BundesgerichtshofZivil (Tribunal Supremo Federal alemán/Sala de lo Civil)
CC	Código Civil español
CCom	Código de Comercio español
CPP	Colaboración Público-Privada
DCFR	Draft Common Frame of Reference (Marco Común de Referencia)
LCSP	Ley de Contratos del Sector Público, Ley 9/2017, de 8 de noviembre
LOE	Ley de Ordenación de la Edificación, Ley 38/1999, de 5 de noviembre
MK	Münchener Kommentar zum BGB (Comentario del Código Civil)
NJW	Neue Juristische Wochenzeitung
PECL	The Principles of European Contract Law on Service Contracts (Los Principios del Derecho Europeo de Contratos)
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLCS	Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre
ZPO	Zivilprozessordnung (Código de Procedimiento Civil)

INTRODUCCIÓN

EL CONTRATO DE OBRAS Y LOS RIESGOS EN EL PANORAMA INTERNACIONAL

La transmisión de los riesgos en el contrato de obras viene determinada por la finalidad última del mismo, la obtención de un resultado (*opus consumatum et perfectum*), en la que una de las partes, el contratista, se compromete a ejecutar una obra y entregar un resultado a la otra parte, el comitente. Esta relación definitoria surte efecto en ambas direcciones, puesto que al mismo tiempo la singularidad de la transmisión de los riesgos conforma y define el contrato de obra, siendo ésta la determinante del mismo y no la naturaleza de la obra, que presenta una innumerable variedad. La transmisión de los riesgos es un elemento destacable del contrato de obra. La profundización sobre la transmisión de los riesgos se plasma a través de la conceptualización de la «teoría del riesgo divisible en el contrato de obra inmobiliaria», que en contraposición con el tratamiento por la doctrina del riesgo de construcción como si de un riesgo único se tratase, aporta el hallazgo de la división de los riesgos y la existencia, de este modo, de múltiples riesgos atendiendo al momento en que se pueden materializar y su transmisión desencadenada por determinados sucesos o contingencias, teniendo presente como marco jurídico la regulación del Código Civil y la Ley de Ordenación de la edificación (LOE). La «teoría del riesgo divisible» conceptualiza seis tipos de riesgos: riesgo principal o riesgo por pérdida fortuita, riesgo por defectos aparentes, riesgo residual o riesgo por vicios ocultos, riesgo de pérdida por defectos advertidos u objeto de reserva, riesgo invertido o riesgo por retraso en la recepción o mala calidad de los materiales advertida y riesgo fraccionado por pérdida fortuita.

En el ámbito europeo, la transmisión de los riesgos en el Marco Común de Referencia (*Draft Common Frame of Reference, DCFR*) y la determinación del «*relevant time*», momento relevante, propone la armonización del criterio de la transmisión del riesgo en el momento en el que el control de la obra debe transferirse al cliente, se transfiera o debería haberse transferido. El DCFR propone un sistema de riesgos estableciendo la distribución de los riesgos cuando la pérdida acontece antes del momento relevante, tanto en los casos en los que resulta posible el cumplimiento como

ante la imposibilidad del mismo, y también si la pérdida ocurre después del momento relevante.

La Propuesta de Modernización del Código Civil de 2009 aporta grandes novedades, entre las que se encuentra el concepto de falta de conformidad de la prestación, que ha inspirado la conceptualización en este estudio del «riesgo de falta de conformidad». Del mismo modo, la «objetivación» del incumplimiento contractual es una cuestión que tiene un impacto en la transmisión de los riesgos, que se completa con el analizado sistema de responsabilidad civil por defectos aparentes y los derechos de garantía del Derecho Civil alemán.

La comparativa de la transmisión de los riesgos en el contrato de obra en el Derecho Civil y su contraste analítico con el contrato de obra pública bajo el régimen jurídico de la LCSP realizado en esta Tesis doctoral alumbra diferencias de considerable trascendencia. A su vez, también se hayan similitudes, la configuración del tradicional Principio de riesgo y ventura del contratista del Derecho Administrativo, que guarda gran similitud con el ordenamiento civil, muestra que en materia de transmisión de riesgos se pueden establecer puentes conceptuales y que no son dos ordenamientos aislados entre sí, contemplándose una «administrativización» del contrato de obra, aunque siempre bajo el influjo del Derecho Civil, de aplicación supletoria.

Al encuadrarse el contrato de obra como obligación de resultado en la tradicional distinción de obligaciones de medios *versus* obligaciones de resultado, la transmisión de los riesgos difiere de otras figuras contractuales en el Derecho Civil, y en el contrato de obra pública que difiere del contrato de concesión de obras, resultando especialmente interesante conocer cómo se distribuyen los riesgos entre las partes del contrato y qué tipos de riesgos asumen las mismas en función de los diferentes escenarios que pueden producirse en la compleja realidad actual. Para entender la transmisión de los riesgos en el contrato de obra es necesario profundizar antes en la finalidad del contrato y sus características definitorias, distinguiéndolo de otras figuras contractuales.

Capítulo I

EL CONTRATO DE OBRAS EN EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL

1. EL CONTRATO DE OBRAS: DIVERSIDAD Y DIFERENCIACIÓN DE OTRAS FIGURAS CONTRACTUALES

El contrato de obras es «aquel por el cual una persona (contratista) se obliga respecto a otra (comitente), mediante precio cierto, a la obtención de un resultado (*opus consumatum et perfectum*¹) al que, con o sin suministro de materiales, se encamina la actividad creadora del contratista que asume los riesgos de su cometido (SSTS 23 noviembre 1964 [RJ 1964, 5453] y 19 octubre 1995 [RJ 1995, 7524])»². Por su parte, CLEMENTE DE DIEGO definía el contrato de obra como «aquel principal, consensual, bilateral y oneroso, por el que uno se compromete a hacer una obra mediante cierto precio»³. LAURENT postulaba que: «el precio interviene en este arrendamiento como recompensa de la obra concluida, y en razón de ella se determina»⁴. PLANIOL entendía que el contrato de obras «más que arrendamiento es un contrato de empresa, con fisonomía peculiar, y así lo consideran algunos Códigos, como el suizo»⁵. La doctrina científica ha utilizado numerosas denominaciones para describir este contrato, entre los que se encuentran los términos: arrendamiento de obra, contrato de empresa, contrato de ejecución de obra y contrato de obra. Por su parte, LUCAS FERNÁNDEZ se inclina por la denominación «contrato de obra» suprimiendo el término «arrendamiento» dada

¹ ALBALADEJO GARCÍA, M. (1986), «Comentarios a los artículos 1583 y ss. del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XX, vol. 2º, Madrid, p. 170 y ss.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1993), *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Barcelona.

² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2013), *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, p. 1820.

³ CLEMENTE DE DIEGO, F. (1959), *Instituciones de Derecho Civil Español*, Tomo II, Derecho de Obligaciones. Contratos. Derecho de familia, Artes Gráficas Julio San Martín, Madrid, p. 323.

⁴ LAURENT, F., en CLEMENTE DE DIEGO, F. (1959), *Instituciones de Derecho Civil Español*, *ibid.*

⁵ PLANIOL, M., en CLEMENTE DE DIEGO, F. (1959), *Instituciones de Derecho Civil Español*, *ibid.*

la autonomía que aquél tiene respecto de éste⁶. La mayor parte de la doctrina, parece conforme en identificar la impropiedad de calificar el contrato de «arrendamiento».

La regulación del contrato de obra en el Código Civil es anticuada y obsoleta, por ello las soluciones a los complejos conflictos en procesos constructivos ha llevado al Tribunal Supremo a desarrollar un régimen jurídico jurisprudencial basado en la legislación administrativa que regula el contrato de obra pública. La realidad contractual está conformada por una amalgama de supuestos que no se contemplan en el Código Civil y para los que los conflictos surgidos son solventados por la jurisprudencia, que crea una normativa *ad hoc* diversa y con carácter complementario que suple las carencias de la legislación vigente en la materia.

El art. 1544 CC considera contrato de arrendamiento de obras aquel en el que una de las partes se obliga a ejecutar una obra por precio cierto. La denominación «arrendamiento de obras» se debe a un arrastre histórico motivado por la tradición romanística, la cual consideraba este contrato como un tipo de arrendamiento. El Derecho romano desarrolló tres formas características de arrendamientos: la cesión del uso de una cosa (*locatio conductio rei*), la prestación de una actividad (*locatio conductio operarum*) y la realización de una obra (*locatio conductio operis*). Esta tradición histórica fue seguida por el Código civil francés (1804), que bajo el título general de *louage* reguló tres contratos diferentes: *louage de choses*, *louage des domestiques et ouvriers*, actualmente denominado *louage de service*, y *louage d'ouvrage*⁷. El Código civil español (1889) siguió la misma categorización de los tres supuestos bajo el título de arrendamiento: de cosas, obras y servicios. Actualmente el contrato de obra se conoce bajo diversas denominaciones: «contrato de ejecución de obra», «contrato de empresa» o «contrato de obra»⁸. Con independencia de la denominación utilizada, la esencia del contrato de obra es que una de las partes se obliga a ejecutar una obra (a obtener un resultado programado previamente por las

⁶ LUCAS FERNÁNDEZ, F. (1986), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales. Artículos 1583 a 1603 del Código Civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, T. XX, vol. 2º, Madrid, p. 173.

⁷ JIMÉNEZ HORWITZ, M. (2012), «La distinción entre los contratos de obras y servicios en el Derecho español (estudio comparado con el Derecho alemán)», *ADC*, tomo LXV, 2012, fasc. II, pp. 553.

⁸ ESTRUCH ESTRUCH, J., en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J., VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (Dir.) et al. (2016), *Código Civil Comentado*, Vol. IV, Libro IV-Obligaciones y contratos. Contratos en particular, Derecho de daños y prescripción (Arts. 1445 al final), 2.ª ed., Civitas, Aranzadi, Cizur Menor, p. 464.

partes) y a entregar dicha obra o resultado a cambio de precio (STS 24 de octubre 2002 [RJ 2002, 8975]).

Definida la figura contractual, la siguiente cuestión a dilucidar es el objeto del contrato. El objeto del contrato es la obra concluida y ejecutada. El Código civil no establece con precisión el objeto del contrato de obra⁹, admitiendo gran cantidad de supuestos: todas las actividades desarrolladas por el contratista dirigidas a un resultado, que puede ser la creación, reparación o modificación de un bien inmueble, de un bien mueble o incluso de una obra intelectual, a cambio de un precio. La doctrina detecta la falta de un tratamiento sistematizado y unitario de este contrato. La diversidad del objeto afecta también a la terminología para referirse a las partes del contrato. Quien realiza el encargo se denomina en la ley dueño de la obra o propietario, aunque la doctrina se refiere a él como comitente. Para la otra parte del contrato se emplean las expresiones «contratista», «arquitecto» y «constructor» en los preceptos relativos a la construcción de edificios, términos superados por la detallada regulación de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (LOE), y en los demás artículos se utilizan circunloquios como «el que contrató la obra», «el que se ha obligado», «el que ha ejecutado», lo que parece revelar la generalidad y laxitud para utilizar este contrato en múltiples ámbitos. El único elemento definitorio de este contrato es «la ejecución de una obra»¹⁰. En este sentido, el art. 1588 CC establece que la ejecución de dicha obra puede realizarse con o sin suministro de materiales por parte del obligado al resultado, cuestión importante por sus consecuencias desde el punto de vista de la distribución de los riesgos como se analizará posteriormente.

Realizada esta aproximación a la definición y al objeto del contrato de obra, se considera necesario detallar las características que le son propias. En primer lugar, se trata de un contrato oneroso y sinalagmático, que tiene como consecuencia que las partes cuentan con la posibilidad de interponer frente a la reclamación de la contraria la *exceptio non adimpleti contractus* (excepción de inejecución por contrato no cumplido en las obligaciones básicas de la contraparte) o la *exceptio non rite adimpleti*

⁹ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., BERCOVITZ, R. y SALVADOR CODERCH, P. (1993), «Comentarios a los artículos 1588 y ss.», en *Comentario del Código Civil*, T. II, Madrid, p. 1175 y ss.

¹⁰ MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., en DOMÍNGUEZ LUELMO, A., et al. (2010), *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, Valladolid, p. 1732.

*contractus*¹¹. Como señala DORAL GARCÍA: «Corresponde a la bilateralidad o sinalagma genético (así se dice para indicar que cada atribución tiene su origen en la otra) y funcional (vista la interdependencia de las prestaciones) de que resulta como exceso que quien no ha cumplido o cumple parcialmente o con defecto su deber jurídico o no está dispuesto a cumplir previamente no merece pretender que la otra parte cumpla lo suyo exactamente. Nada tiene de extraño esta prohibición que corresponde a la máxima *nemo auditur*, desatender lo que no es de recibo. De hacerlo así, siempre podrá oponer el acusado de incumplimiento que la parte que reclama tampoco ha cumplido o no del modo en que le incumbe. La *exceptio non adimpleti contractus* admite *ad casum* la suspensión de la simultaneidad de las prestaciones, hasta que no cumpla. Corresponde esa *oponibilidad* a la naturaleza del contrato sinalagmático que hay que entenderla a partir del interés *super partes* comprendido en él, y evitar el abuso indirecto del procedimiento»¹². La jurisprudencia realiza tal distinción entre ambas atendiendo a la gravedad del incumplimiento. Según afirma DORAL GARCÍA: «La jurisprudencia lo resume en esta regla: si alguna de las partes pretende exigir de la otra el cumplimiento o la resolución del contrato sin ofrecer la realización de la suya, el demandado podrá oponer la *exceptio non adimpleti contractus*, STS 5 de diciembre de 1997 [RJ 1997, 8966]»¹³. Cabe interponer la última excepción de las citadas, la *exceptio non rite adimpleti contractus*, cuando el ejecutor de la obra o contratista pretenda el cumplimiento de la obligación de pago del precio por la contraparte (comitente o promotor) y la obra entregada no se adecúe a las exigencias establecidas en el contrato, con las características y cualidades ordinarias que cabría esperar de la mencionada obra, o bien su entrega con defectos suponga un cumplimiento defectuoso o que no responda a la exactitud de la prestación a la que se obligó el contratista. Al aplicar estas excepciones, queda en suspenso el cumplimiento de la prestación del demandado hasta que el demandante no ejecute total o adecuadamente sus propias prestaciones.

¹¹ ESTRUCH ESTRUCH, J., en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J., VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (Dirs.) et al. (2016), *Código Civil Comentado*, ob. cit., p. 478.

¹² DORAL GARCÍA, J.A. (2013) «El exceso en Derecho Civil (a propósito del artículo 1124 CC)» en CUENA CASAS, M., ANGUITA VILLANUEVA, L.A. y ORTEGA DOMÉNECH, J. (Coords.), *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa*, Dykinson, Madrid, p. 454.

¹³ DORAL GARCÍA, J.A. (2013) «El exceso en Derecho Civil (a propósito del artículo 1124 CC)» en CUENA CASAS, M., ANGUITA VILLANUEVA, L.A. y ORTEGA DOMÉNECH, J. (Coords.), *Estudios de Derecho Civil...*, *ibid.*

El contrato de obras es consensual, por lo que no se exige el cumplimiento de forma alguna para su validez, aplicándose los arts. 1278 y ss. CC. Determinados contratos como ocurre con el contrato de ejecución de obra inmobiliaria suelen redactarse por escrito y con referencia a un proyecto arquitectónico necesario para solicitar la licencia de obra que permite iniciar la misma. A este respecto, tienen la consideración de edificación a los efectos de lo dispuesto en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (LOE), y requerirán un proyecto: las obras de edificación de nueva construcción (excepto aquellas construcciones de escasa entidad constructiva y sencillez técnica que no tengan carácter residencial ni público y se desarrollen en una sola planta), todas las intervenciones sobre los edificios existentes (siempre y cuando alteren su configuración arquitectónica) y las obras que tengan el carácter de intervención total en edificaciones catalogadas o que dispongan de algún tipo de protección de carácter ambiental o histórico-artístico (art. 2 LOE). El proyecto, que es el conjunto de documentos mediante los cuales se definen y determinan las exigencias técnicas de la obra, habrá de justificar técnicamente las soluciones propuestas de acuerdo con las especificaciones requeridas por la normativa técnica aplicable (art. 4 LOE). El Código Técnico de la Edificación (CTE)¹⁴ es el marco normativo por el que se regulan las exigencias básicas de calidad que deben cumplir los edificios, incluidas sus instalaciones, para satisfacer los requisitos básicos de seguridad y habitabilidad, en desarrollo de lo previsto en la disposición adicional segunda de la LOE. El CTE describe los distintos documentos que especifican parámetros objetivos y sistemas de verificación cuyo cumplimiento asegura la satisfacción de las exigencias básicas y la superación de los niveles mínimos de calidad propios de los distintos requisitos básicos: «Higiene, salud y protección del medio ambiente», «Protección frente al ruido», «Ahorro de energía», etc.

La esencia del contrato de obra es la obtención de un resultado (*opus consumatum et perfectum*). El ejecutor de la obra o contratista se obliga frente al que encargó la obra o comitente a obtener un determinado resultado, por lo que lo determinante no es la actividad que el contratista deba llevar a cabo sino el resultado que deberá producir. En este sentido, el Magistrado del Tribunal Supremo MANRESA Y NAVARRO, recordando a LAURENT, afirmaba que «el precio es estipulado, no en razón del trabajo,

¹⁴ Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación.

sino en razón de la obra: el precio no se debe hasta que la obra no está confeccionada y recibida, y no hay, por lo tanto, derecho para reclamarla si la obra perece antes de su término y de su aceptación»¹⁵. Como reconoce la jurisprudencia sin género de duda, la característica más importante del contrato de obra consiste en que se trata de una obligación de hacer de resultado (no de medios) como reconoce la STS 14 julio 2006 [RJ 2006, 6380] y solo cuando obtenga el resultado acordado habrá cumplido sus obligaciones contractuales y podrá entonces exigir el pago del precio (STS 26 junio 2008 [RJ 2008, 3306]). Según afirma CRESPO MORA impera una falta de unanimidad al tratar de determinar la autoría de esta clásica distinción doctrinal entre obligación de medios y obligación de resultado¹⁶. Como establece CRESPO MORA: «En los últimos tiempos, los autores tienden a difuminar la drástica distinción entre obligaciones de medios y de resultado. De hecho, se admite que la principal y, según algunos autores, única diferencia entre ambas es el diverso contenido de la relación obligatoria o compromiso asumido por el deudor. [...] Ante una obligación de medios o actividad, el comportamiento exigible al deudor consiste en el despliegue de una actividad diligente dirigida a satisfacer el resultado esperado por el acreedor. Por el contrario, en las obligaciones de resultado el deudor debe obtener el resultado esperado por el acreedor, no siendo suficiente con que haya hecho todo lo posible para conseguirlo»¹⁷. El Marco Común de Referencia (DCFR) trata de desprenderse o, al menos, difuminar la tradicional clasificación doctrinal entre obligaciones de medios y de resultado¹⁸,

¹⁵ MANRESA Y NAVARRO, J.M. (1969), *Comentarios al Código Civil Español*, Artículos 1542-1603, Tomo X, vol. II, Instituto Editorial Reus, Madrid, p. 701.

¹⁶ CRESPO MORA, M.C. (2013), «Las obligaciones de medios y de resultado de los prestadores de servicios en el DCFR», *InDret*, nº 2/2013, Barcelona, nota 6, p. 4: «Aunque la mayoría de los autores atribuye la autoría de la distinción a la doctrina jurídica francesa, YZQUIERDO TOLSADA (1989, p. 255) y LOBATO (1992, p. 662) consideran que la formulación de esta distinción es obra de la doctrina alemana. LOBATO (1992, p. 661) y CABANILLAS (1993, p. 15) cuestionan que el origen de la distinción se encuentre en el Derecho romano y común, como sostiene cierto sector de la doctrina comparada».

¹⁷ JORDANO FRAGA, F. (1991), «Obligaciones de medios y de resultado (a propósito de alguna jurisprudencia reciente)», *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLIV, fascículo I, p. 6 y ROZO SORDINI, P.E. (1999), «Las obligaciones de medios y de resultado y la responsabilidad de los médicos y de los abogados en el Derecho italiano», *Revista de Derecho Privado*, núm. 4, p. 140, en CRESPO MORA, M.C. (2013), «Las obligaciones de medios y de resultado de los prestadores de servicios en el DCFR», ob. cit., p. 8.

¹⁸ DE BARRÓN ARNICHES, P. (2011) «El contrato de servicios y la propuesta de modernización del Código civil español», *Boletín del Ministerio de Justicia*, año LXV, núm. 2134, pp. 106; DE BARRÓN ARNICHES, P. (2012), «Comentario a los artículos IV.C.-1:101, 1:102,1:103, 2:101, 2:102, 2:103, 2:104, 2:105, 2:106, 2:107, 2:108, 2:109, 2:110, 2:111 DCFR», en VAQUER ALOY, A., BOSCH CAPDEVILLA, E. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P. (Coords.), *Derecho contractual europeo. Libros II y IV del MCR*, tomo II, Atelier, Barcelona, pp. 1174 y 1181; y VAQUER ALOY (2012), «La responsabilidad civil de los profesionales frente al Derecho contractual europeo», pp. 4, 8 y 15, en DE BARRÓN ARNICHES, P. (Directora), «Ejercicio de las profesiones liberales y responsabilidad civil»,

defienden esta afirmación BARRÓN ARNICHES y VAQUER ALOY. Por el contrario, ALONSO PÉREZ, JIMÉNEZ HORWITZ y CRESPO MORA consideran que el Derecho europeo de los contratos otorga trascendencia a la distinción. Dicha distinción, obligaciones de medios *versus* obligaciones de resultado, ha sido objeto de numerosas críticas por los problemas que suscita su aplicación práctica fuera de los casos arquetípicos¹⁹.

El régimen jurídico del contrato de obras en el Código civil español se regula bajo la rúbrica del *contrato de arrendamiento* en el Libro IV, Título VI, Capítulo I del Código civil. Éste desarrolla la regulación del arrendamiento de obras y servicios en dos secciones (Libro IV, Título VI, Capítulo III). La sección primera (arts. 1583-1587 CC) está dedicada al arrendamiento de servicios y la sección segunda (arts. 1588-1600 CC) al contrato de obra, bajo la denominación *De las obras por ajuste o precio alzado*. La sección segunda desarrolla aspectos importantes del contrato de obra como son la distribución de los riesgos económicos por destrucción o pérdida de la obra por caso fortuito antes de la entrega (arts. 1589-1590 CC) y los riesgos por agravación o mayor dificultad de la prestación a realizar por el contratista (art. 1592 CC). También regula el Código civil, entre otros aspectos: la forma de ejecución de la obra, el pago del precio (arts. 1544-1599 CC), las causas específicas de extinción del contrato de obra, como el desistimiento unilateral del contratista (art. 1594 CC) y la extinción por su muerte si la obra se encargó al contratista por sus cualidades personales o la imposibilidad de terminar la obra por causa independiente a su voluntad (art. 1595 CC). Como crítica se puede afirmar que los preceptos del Código civil en esta materia están pensados para el contrato de edificación fundamentalmente y no aportan respuestas a los actuales problemas de la contratación de obras muebles e inmateriales. Se constata además que la mayoría de los conflictos en la práctica contractual sobre la responsabilidad del

Comares, Granada, pp. 1-26. Por el contrario, ALONSO PÉREZ, M.T. (2012), «La función de las obligaciones precontractuales de advertencia en la formación del contrato de servicios (Estudio de Derecho contractual europeo)», *InDret* 3/2012, pp. 25-26, y JIMÉNEZ HORWITZ, M. (2012), «La distinción entre los contratos de obras y servicios en el Derecho español (estudio comparativo con el Derecho alemán)», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXV, fascículo II, p. 563, consideran que el Derecho europeo de los contratos otorga trascendencia a la distinción.

¹⁹ CRESPO MORA, M.C. (2013), «Las obligaciones de medios y de resultado de los prestadores de servicios en el DCFR», ob. cit., p. 19.

contratista tienen por objeto el incumplimiento ocasionado por vicios o defectos de construcción. Sin embargo, el Código civil no regula de forma especial este problema²⁰.

El contrato de obra puede tener por objeto una ingente variedad de resultados, reflejo de la variedad y complejidad de la realidad repleta de situaciones sociales en las que los sujetos contractuales se obligan a obtener un resultado a cambio de precio. Tras analizar las características del contrato de obra anteriormente, profundizaremos en su diversidad y lo distinguiremos de otras figuras contractuales.

1.1. EL CONTRATO DE OBRA INMOBILIARIA

Este contrato constituye el núcleo de la regulación del contrato de obra, contenido en los arts. 1588 a 1600 CC. Aunque sea así, puesto que el legislador parece que esté pensando en el contrato de obra inmobiliaria a lo largo de los citados preceptos, la regulación se aplica con las necesarias adaptaciones a cualquier tipo de obra²¹. Como mencionamos anteriormente, incluso para este contrato la normativa legal contenida en el CC reguladora de este contrato es insuficiente y anticuada. Las evidentes carencias han sido suplidas por la jurisprudencia que ha elaborado un cuerpo de doctrina jurisprudencial sólido y muy abundante.

Respecto a este contrato, debe tenerse presente, específicamente, la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, que entró en vigor el día 6 de mayo de 2000. Revisten especial relevancia en materia de riesgos los siguientes aspectos:

- El ámbito de aplicación, que determina las obras reguladas por la LOE y las excluidas de dicha regulación (arts. 2.1, 2.2 y 2.3 LOE).
- Garantías y responsabilidades por defectos constructivos en las edificaciones (arts. 17 y 18 LOE)
- Recepción de la obra²². En concreto el art. 6 LOE²³, de especial importancia en la aplicación de los arts. 1589, 1590, 1592 y 1599 CC.

²⁰ JIMÉNEZ HORWITZ, M. (2012), «La distinción entre los contratos de obras y servicios...», ob. cit., pp. 554 y ss.

²¹ SÁNCHEZ CALERO, F.J. (1978), *El Contrato de obra. Su cumplimiento*, Madrid.

²² SAN SEGUNDO MANUEL, T. (2001), *La recepción en el contrato de obra*, CISS, Valencia.

Dada la relevancia de esta figura contractual como parte esencial de este trabajo, se aborda y desarrolla este tipo contractual en el apartado 2 sobre el contenido del contrato de obra.

1.2. CONTRATO DE OBRAS CON Y SIN SUMINISTRO DE MATERIALES

El art. 1588 CC permite que la ejecución de la obra se realice con o sin aportación de los materiales por el contratista, en cuyo segundo caso tan solo aportaría su trabajo o industria. El Código Civil sigue en este aspecto al Proyecto de 1851, que a su vez sigue al Código Napoleón de 1804, y se separa de la regulación del Derecho romano (Instituciones y Digesto) y la de otros ordenamientos que consideran que si el contratista aporta los materiales para ejecutar y luego entregar la obra se trata de una venta y no de un contrato de obra²⁴.

a) Contrato de obras con suministro de materiales y contrato de compraventa

Las dudas que emergen en la distinción entre el contrato de obra con suministro de materiales y el contrato de compraventa arrancan del Derecho romano y a las mismas hacían referencia las *Instituciones* de JUSTINIANO (Libro III, Título XXV, *De locatione et conductione*), que ofrecían la solución para distinguir algunos casos dudosos: «si es el propio autor del trabajo el que proporciona la materia hay un contrato de venta; mientras que, por el contrario, si yo le proporciono la materia, hay un contrato de arrendamiento (de obra)»²⁵.

Al albergar el art. 1588 CC la figura del contrato de obras con aporte de materiales por el contratista, resulta difícil en determinadas situaciones diferenciar el contrato de obra del contrato de compraventa. La determinación de si se trata de uno u otro contrato es crucial puesto que el régimen jurídico de ambos contratos es diferente en muchos

²³ La doctrina ha elaborado estos conceptos jurídicos que se han recogido con detalle en el art. 6 LOE para los edificios sujetos a esta Ley. Véase, CABANILLAS SÁNCHEZ (1978), p. 288 y SALVADOR CORDECH (1991), *Comentario del Código Civil*, t. II, Ministerio de Justicia, p. 1196.

²⁴ ESTRUCH ESTRUCH, J., en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J., VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (Dirs.) et al. (2016), *Código Civil Comentado*, ob. cit., p. 467.

²⁵ Instituciones de JUSTINIANO (Libro III, Título XXV, *De locatione et conductione*), en LUCAS FERNÁNDEZ, F. (1986), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales. Artículos 1583 a 1603 del Código Civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, T. XX, vol. 2º, Madrid, p. 181.

aspectos: derecho de desistimiento del comitente, art. 1594 CC; acción directa del que puso el trabajo en la obra, art. 1597 CC; el régimen de responsabilidades por los defectos de la cosa, etc²⁶.

La doctrina ha debatido extensamente sobre la verdadera naturaleza del contrato de obra con suministro de materiales, emitiendo tres posicionamientos distintos. DUVERGIER y DURANTON afirman que constituye una locación de obras; TROPLONG, DEMANTE, MARCADÉ y DOVERI califican el acto de venta, y AUBRY y RAU, consideran que se trata de un contrato mixto de locación de obras y de venta. Por su parte, LAURENT acudía a la discusión sobre este punto en el Código Civil francés, en cuyo proyecto se consideraba que cuando el arrendador suministra los materiales constituye un contrato de venta de la cosa, concepto que fue suprimido del Código finalmente, aunque por ello deduce LAURENT que el pensamiento de los autores del Código francés fue considerarlo una venta²⁷.

Concluye sobre este debate doctrinal MANRESA Y NAVARRO: «Mas el artículo que comentamos está terminante al definir que, ya ponga el arrendador los materiales, bien no sean éstos de su cuenta, el concepto de arrendamiento de obras por ajuste o precio alzado subsiste»²⁸. Por nuestra parte, consideramos que, con o sin aporte de materiales por el arrendador, el contrato se circunscribe al tipo contractual de contrato de obra.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha tenido que pronunciarse en muchas ocasiones para distinguir ambos contratos, entre las mismas se puede mencionar la Sentencia de 7 de marzo de 1984, que establecía en su primer considerando:

«Que como base del fallo, la sentencia que se recurre sienta como hechos determinantes que en el contrato suscrito por el hoy recurrente y la Entidad actora hoy recurrida, en diciembre 1975, el primero se comprometió y obligó a instalar en la fábrica de la segunda un equipo de «tres semiautomatizaciones» para los hornos bicanales, comprometiéndose formalmente a garantizar su perfecto funcionamiento en

²⁶ LACRUZ BERDEJO et al. (2005), T. II-2º, p. 177.

²⁷ MANRESA Y NAVARRO, J.M. (1969), *Comentarios al Código Civil Español*, Artículos 1542-1603, Tomo X, vol. II, Instituto Editorial Reus, Madrid, p. 702.

²⁸ MANRESA Y NAVARRO, J.M. (1969), *Comentarios al Código Civil Español*, Artículos 1542-1603, *ibid.*

todos los órdenes, lo cual lleva a la calificación del contrato como de un arrendamiento de obra previsto en el artículo 1.588 del Código civil, puesto que no solo se vendió (suministró) material, sino que se puso trabajo e industria en la instalación del equipo y maquinaria, trabajo y equipo tendente a la entrega de un resultado (*opus*) a cambio del precio, resultado que se malogró por la defectuosa e incorrecta instalación y cimentación según el resultado de la prueba acredita, en particular la pericial y la de reconocimiento judicial, esta última recabada de un anterior juicio, aunque realizada por el mismo juzgador».

ESTRUCH ESTRUCH inspirándose en otros ordenamientos jurídicos, aporta diversos criterios que ayudan a diferenciar las dos figuras contractuales. De este modo, se tienen presentes los siguientes criterios²⁹:

- Carácter fungible (sustituible) o infungible de la cosa que haya de producirse con los materiales del contratista: si es fungible nos encontraríamos ante un contrato de compraventa (ej.: un automóvil fabricado en serie), en caso contrario sería un contrato de obra (SSTS 20 junio 1998 [RJ 1998, 4903] y 22 febrero 1997 [RJ 1997, 1189]).
- Consideración que las partes hayan tenido respecto de la materia o del trabajo: sería contrato de compraventa si las partes hubieran considerado de manera prevalente la materia, y contrato de obra en el caso contrario.
- Valor económico de los materiales o del trabajo desplegado para la realización de la obra (STS 25 abril 1980 [RJ 1980, 1561]): si el coste de los materiales es mucho mayor que el del trabajo se trataría de una venta, estando ante un contrato de obras en caso contrario.
- Intervención del comitente en la elección o control del proceso productivo y del resultado del mismo: cuanta más intervención más claramente estaremos ante un contrato de obra, *a sensu contrario*, cuanta menor intervención, más cerca nos encontraremos de estar ante un contrato de compraventa.

Los anteriormente mencionados son criterios indiciarios para deducir la verdadera intención de las partes, puesto que para la determinación del tipo contractual lo fundamental es la configuración que las partes hayan establecido en el programa

²⁹ ESTRUCH ESTRUCH, J., en CAÑIZARES LASO, A., VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (Dirs.) et al. (2011), *Código Civil Comentado*, Vol. IV, Libro IV-Obligaciones y contratos. Contratos en particular, Derecho de daños y prescripción, Civitas, Thomson Reuters, p. 481.

obligacional (STS 7 julio 1982 [RJ 1982, 4220]). En cualquier caso, por diversos motivos, el encargo de ejecución de una obra inmobiliaria y posterior entrega de la misma al comitente será contrato de obra y no compraventa.

Resulta de interés por su influencia en este trabajo, aunque de forma breve pues no es el contrato objeto principal de este estudio, acercarse a la transmisión del riesgo en la compraventa internacional para, posteriormente, analizar la misma cuestión en el contrato de obra en el que nos centraremos. En la actualidad se asiste a la generalización del uso atécnico del término «riesgos», sin embargo, en este epígrafe se utiliza una concepción técnico-jurídico del riesgo basado en la tradición de nuestro Código Civil. En la compraventa, el supuesto de hecho por excelencia del riesgo surge cuando la obligación del deudor de entregar una cosa determinada deviene total o parcialmente imposible por causa no imputable a él. Cuando ocurre esto cabe plantearse, si el deudor se libera de entregar la mercancía ¿qué ocurre con la correlativa obligación del comprador de pagar el precio en los contratos bilaterales? La expresión «transmisión del riesgo» hace referencia al momento en que el riesgo de la contraprestación se consolida en el comprador.³⁰ La Convención de Viena en su art. 66, no define el concepto jurídico de riesgo sino que se limita a determinar las consecuencias inmediatas de su transmisión (*Effect of passing of risk*), estableciendo: «La pérdida o deterioro de las mercancías sobrevenidos después de la transmisión del riesgo del comprador no liberarán a éste de su obligación de pagar el precio, a menos que se deban a un acto u omisión del vendedor». De este artículo se desprende que se trata del riesgo de la contraprestación, el riesgo del precio³¹. Antes de continuar, es preciso aclarar que en todos los casos en los que el vendedor incumple su obligación de entregar mercancías conformes³², con independencia del momento en el que dicha falta de conformidad se manifieste, nace la responsabilidad del vendedor según el art. 36.1. En esos casos no se plantea el problema técnico del riesgo, sino la responsabilidad del vendedor por

³⁰ OLIVA BLÁZQUEZ, F. (2000), *La Transmisión del Riesgo en la Compraventa Internacional de Mercaderías: El Régimen Jurídico del Convenio de Viena y sus primeras aplicaciones jurisprudenciales*, Tirant lo Blanch, p. 44 y ss.

³¹ HERNÁNDEZ- MARTÍ, J. (1966), «Compraventa internacional (Convenio de Viena de 1980)», *Revista General de Derecho*, p. 4986. Este autor presenta una opinión discrepante a nuestra doctrina: “puede llegarse a la conclusión de que los artículos 66 y siguientes son aplicables tanto al riesgo del precio como al riesgo de las mercaderías”.

³² HONNOLD, J.O. (1991), *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Conventions*, Second Edition, Deventer /Boston, Kluwer, p. 455.

incumplimiento de su obligación principal de entregar las mercancías conformes según el art. 35.

La pérdida (*periculum interitus*) o deterioro (*periculum deteriorationis*) se refiere en sentido estricto a la desaparición, menoscabo o defectuosidad física sufrida por las mercaderías a causa de eventos fortuitos. Sin embargo, este concepto no alcanza a cubrir la multiplicidad de situaciones de riesgo que se produce en la compleja realidad internacional.

Si nos planteamos cuál es el momento exacto de la transmisión de los riesgos en el contrato de compraventa, y de acuerdo con Francisco OLIVA BLÁZQUEZ: «la Convención de Viena no contiene ningún concepto general que establezca el momento exacto de la transmisión de los riesgos»³³. Algunos autores como Antonio BOGGIANO³⁴ siguen manteniendo equívocamente que la Convención de Viena vincula la transmisión del riesgo a la «entrega». Sin embargo, aunque no establezca un momento exacto, como afirma Francisco OLIVA BLÁZQUEZ «es posible inferir la presencia de dos criterios que inspiran todo su régimen jurídico: el control y el aseguramiento»³⁵. Normalmente asume el riesgo aquel contratante que tiene el control de las mercaderías ya que será quien tenga la posibilidad de asegurarla contra los eventos fortuitos, de custodiarla y de reclamar si se destruyen a la compañía de seguros. Sin embargo, según ALCOVER GARAU³⁶, el «control» es un principio inmanente al régimen jurídico de la transmisión de los riesgos, pero en ningún caso un propio criterio de transmisión.

En el contrato de compraventa resaltaremos por último que el concepto de «*splitting transit risk*», es decir, la división de los riesgos es una excepción al principio

³³ OLIVA BLÁZQUEZ, F. (2000) *La Transmisión del Riesgo en la Compraventa Internacional de Mercaderías: El Régimen Jurídico del Convenio de Viena y sus primeras aplicaciones jurisprudenciales*, ob. cit., p. 82.

³⁴ BOGGIANO, A. (1995), *Contratos Internacionales*, Buenos Aires, Depalma, 2ª edición, «El riesgo se transmite con la entrega», p. 109.

³⁵ OLIVA BLÁZQUEZ, F. (2000) *La Transmisión del Riesgo en la Compraventa Internacional de Mercaderías: El Régimen Jurídico del Convenio de Viena y sus primeras aplicaciones jurisprudenciales*, ob. cit., p. 83; KRIEGER, R. (1989), «The United Nations Convention on Contract for the International Sales of Goods: an assessment of its impact on international transactions», *The South African Law Journal*, p. 189.

³⁶ ALCOVER GARAU, G. (1991), *La transmisión del riesgo en la compraventa mercantil. Derecho español e internacional*, Civitas, Madrid, p. 102.

general. Así, en ocasiones en los contratos se incluyen cláusulas que postergan la transmisión del riesgo hacia un momento distinto a la entrega al primer porteador. En todos estos casos se prevé que el riesgo no pasará al comprador hasta que las mercancías hayan sobrepasado la borda del buque, o hasta que la carga haya sido colocada en el costado del buque, en el lugar designado por el comprador dentro del puerto de embarque fijado³⁷.

Como se verá en el Capítulo IV relativo a la tipología de los riesgos en el contrato de obra, concretamente en la «teoría del riesgo divisible» conceptualizada, considero que en el contrato de obra opera también la división de los riesgos, pero a diferencia del contrato de compraventa, el régimen general en el de obras es, a nuestro entender, la división de los riesgos y no una excepción al régimen general. Como diferencias, destacamos también que la teoría de la división de los riesgos en el contrato de obras, por un lado, se basa en la existencia de riesgos debido a los distintos momentos de transmisión que en ocasiones son provocados por «contingencias» y, por otro lado, la existencia de una mayor multiplicidad de riesgos.

b. Contrato de obra y arrendamiento de servicios

La distinción entre contrato de obra y contrato de servicios ha sido un extenso debate doctrinal durante años, no siendo fácil su diferenciación al referirse ambos, en términos generales, a la obligación de hacer por parte de una de las partes contratantes a cambio de un precio. Dicha distinción se ha realizado basándose en la clásica *summa divisio* de las obligaciones de medios y de resultado. Esta distinción alberga significativas consecuencias prácticas en la determinación de en qué casos ha habido incumplimiento. Como establece SÁNCHEZ LERÍA: «en el contrato de servicios el prestador cumple con su obligación siempre que emplee la diligencia debida en la realización de la actividad, con independencia de si obtiene el resultado querido por las partes. Por ello, sólo responderá en caso de que haya sido negligente en el desempeño

³⁷ OLIVA BLÁZQUEZ, F. (2000) *La Transmisión del Riesgo en la Compraventa Internacional de Mercaderías: El Régimen Jurídico del Convenio de Viena y sus primeras aplicaciones jurisprudenciales*, ob. cit., pp. 115 y 116.

de la misma. [...] Por el contrario, en el caso del contrato de obra habrá incumplimiento siempre que no se consiga el resultado que se pretendía al celebrarlo»³⁸.

En palabras del profesor LÓPEZ Y LÓPEZ «es criticable que se quieran identificar tipos contractuales con base a una distinción de obligaciones, considerando abstractamente a todos los *faceres*, a los que se diferencia con el solo criterio de construir obligaciones de medios u obligaciones de resultado. Un tan limitado alcance de la distinción en el régimen del incumplimiento, y su operatividad casi única para las cuestiones del riesgo de la retribución, no parece suficiente para abarcar comprensiva y suficientemente tipos contractuales de una muy señalada vigencia social». Como sigue afirmando el autor, «la tipicidad social de las prestaciones de servicios incluye en los contratos prestaciones de medios y prestaciones de resultado, dirigidas a la realización de un único fin del contrato, con lo cual nos encontraríamos, de seguir el esquema proyectado, con una disgregación de la normativa a aplicar en el mismo contrato, sin que se sepa muy bien cuál sería la justificación»³⁹. Además, la distinción entre contrato de obra y servicios basada en la clasificación de obligaciones de medios y de resultado no responde a la compleja realidad que acontece y no resuelve los conflictos que se generan en la actual práctica contractual.

Pueden plantearse dudas en la diferenciación de uno y otro contrato cuando el contratista pone únicamente su trabajo o industria. La distinción fundamental se basa en que en el contrato de obra el que se obliga a ejecutar la obra se compromete a obtener un determinado resultado, aunque la obra se ejecute con material del comitente, por lo que incumplirá sus obligaciones si, pese a desarrollar diligentemente su actividad o trabajo al ejecutar la obra, ésta no llegará a alcanzarse o no se consiguiera el resultado establecido en el contrato (STS 12 julio 2002 [RJ 2002, 6045]). Será la intención de las partes y el contenido del programa obligacional establecido por éstas (siendo relevante comprobar en el contrato cuándo se considera que el ejecutor de la obra tiene derecho a

³⁸ SÁNCHEZ LERÍA, R. (2019), Tema 13: «Los contratos de obra y servicios», en LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (dir.), INFANTE RUIZ, F. J., LÓPEZ DE LA CRUZ, L. (coord.), *Derecho Civil Patrimonial I*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, p. 400 y ss.

³⁹ LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M. (1996), *Contratos de servicios y de obra*, Proyecto de Ley y ponencias sobre la reforma del Código Civil en materia de contratos de servicios y de obra, en SÁNCHEZ LERÍA, R. (2019), Tema 13: «Los contratos de obra y servicios», en LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (dir.), INFANTE RUIZ, F. J., LÓPEZ DE LA CRUZ, L. (coord.), *Derecho Civil Patrimonial I*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, p. 402.

la percepción del precio) lo que determinará si se trata de un contrato de obra o un arrendamiento de servicios.

La teoría moderna en materia de obligaciones y contratos engloba en un concepto general el contrato de obras, el contrato de servicios y otros contratos. Según DE BARRÓN ARNICHES: «Los redactores de los Principles of European Law. Service Contracts o PEL SC, empleando una técnica similar a la legislativa, proponen una normativa para el contrato de servicios, con una parte general aplicable a todos los contratos así calificados, y una parte especial con diversos capítulos que contienen disposiciones específicas para cada una de las seis modalidades de servicios contempladas por el Study Group»⁴⁰. Esta jurista establece que «se alcanza un nivel casi reglamentista de esta figura jurídica con el objeto de servir de modelo para los legisladores nacionales de la UE, más aún, para poder ser aplicadas por los tribunales y árbitros de los estados miembros sin violentar ni alterar su propia tradición jurídica, como una forma de integrar las lagunas de los derechos civiles nacionales»⁴¹.

1.3. CONTRATO DE OBRA MERCANTIL O ADMINISTRATIVO

El Código de Comercio no regula específicamente el contrato de obra, por lo que es de aplicación la regulación del Código Civil a todos los contratos, aunque las partes del mismo sean sociedades mercantiles y el contrato tenga por objeto el desarrollo de la actividad ordinaria de éstas (art. 2 y 50 CCom), o tenga por objeto la construcción o reparación de un buque y, por tanto, tenga naturaleza mercantil (STS 6 octubre 2008 [RJ 2009, 522] y 31 mayo 2006 [RJ 2006, 3508]). Sin embargo, en referencia a la prescripción de acciones en relación a la reparación de buques, se aplica el art. 952.1 CCom, que establece el plazo de un año. Tampoco puede aplicarse el art. 1591 CC

⁴⁰ DE BARRÓN ARNICHES, P. (2008), «Cuestiones sobre el contrato de servicios diseñado en el Marco Común de Referencia», *Indret*, nº 3/2008, Barcelona, p. 3.

⁴¹ VON BAR, C. (2007), p. 350. Una muestra de la utilización del Derecho Europeo por los tribunales españoles es reseñada por Pilar Perales. Señala esta autora que los principios de Derecho europeo ya habían sido utilizados como apoyo, referencia o cita legal con anterioridad, pero que la evolución más interesante que se observa en las sentencias más recientes del Tribunal Supremo y de las Audiencias consiste en la consideración de su posible aplicación para integrar las lagunas del Código civil español. PERALES, P. (2007), pp. 1-18, en DE BARRÓN ARNICHES, P. (2008), «Cuestiones sobre el contrato de servicios diseñado en el Marco Común de Referencia», ob. cit., nota 5, p. 3.

dedicado a la responsabilidades por la ruina de los edificios en la construcción y reparación de buques (STS 6 octubre 2008 [RJ 2008, 522])⁴².

Por el contrario, existe una regulación específica y detallada del contrato administrativo de obra en la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014⁴³. El art. 13 LCSP define el contrato de obras administrativo. Además, se regula detalladamente el contrato de obras en los arts. 231 a 246 LCSP, con facultades especiales para la Administración (modificación del contrato de obras del art. 242 y regula un régimen diferenciado del civil en cuanto al punto relativo a la recepción y responsabilidad por los defectos constructivos (arts. 243 y 244 LCSP).

Para que la regulación administrativa del contrato de obra pueda aplicarse a las relaciones contractuales derivadas de un contrato de obra civil, es preciso que de modo expreso las partes pacten la aplicación de dicha regulación, dado que la jurisprudencia rechaza la aplicación directa de las normas administrativas del contrato de obra a las relaciones civiles (SSTS 8 noviembre 1983 [RJ 1983, 6068] y 13 abril 1981 [RJ 1981, 1537]).

Analizada la configuración esencial del contrato de obras (definición, objeto, características) y establecida la diversa tipología de contratos de obras y su distinción con otras figuras contractuales, se analiza a continuación el contenido del contrato de obra en el Derecho español.

⁴² ESTRUCH ESTRUCH, J., en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J., VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (Dirs.) et al. (2016), *Código Civil Comentado*, ob. cit., p. 469.

⁴³ La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público deroga el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011 aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre (TRLSP), así como cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a la nueva ley, como regula su Disposición derogatoria.

2. EL CONTENIDO DEL CONTRATO DE OBRAS

La transmisión de los riesgos en el contrato de obra está regulada en los arts. 1589 y 1590 CC. Ésta viene determinada por el contenido obligacional de las partes intervinientes en el contrato, es por lo que se realiza un análisis del conjunto de obligaciones de cada parte.

A) *Obligaciones del comitente o dueño de la obra*: principalmente el pago del precio en las condiciones pactadas y observar una conducta encaminada a facilitar al contratista la realización de la misma (deber de cooperación), cuyo incumplimiento colocará al comitente en *mora accipiendi* ⁴⁴.

Entre otras obligaciones del comitente, en el caso de suministro de los materiales por éste, se encuentra la de poner a disposición los mismos en el plazo convenido y que sean los adecuados, cuestión ésta que tendrá impacto en la distribución de los riesgos como veremos posteriormente. Además, y como analizaremos con mayor detalle cuando hablemos de los riesgos, el comitente está obligado a recibir la obra ejecutada por el contratista cuando se adecúe a lo pactado en el contrato.

Cuando existen varios comitentes, debido a la consideración de la obra como conjunto, a la unidad de fin y de contrato, la jurisprudencia suele aplicar a la relación entre ellos y el contratista la doctrina jurisprudencial de la solidaridad tácita⁴⁵. Se considera a los comitentes una comunidad jurídica de intereses u objetivos (SSTS 25 mayo 2004 [RJ 2004, 3973] y 1 julio 2002 [RJ 2002, 5832]). Sin embargo, no se aplicará la solidaridad tácita cuando se den circunstancias entre las partes de las que se deduzcan que no se obligaron solidariamente, sino que cada comitente se obligó a una determinada proporción. Como ejemplo de este supuesto cabe mencionar aquel en el que el contratista, a pesar de existir un único contrato, hubiera girado facturas individuales a cargo de cada comitente en proporción a su correspondiente cuota de participación y especificando el pago respectivo a cada partícipe (STS 26 abril 2004 [RJ 2004, 2083]).

⁴⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2013), *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, p. 1823.

⁴⁵ ESTRUCH ESTRUCH, J., en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J., VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (Dirs.) et al. (2016), *Código Civil Comentado*, ob. cit., pp. 475 y 476.

B) *Obligaciones de los agentes de la edificación* que actúan como comitentes en el Contrato de construcción de edificaciones sometidas a LOE:

- *Promotor-comitente*: abono del precio de la obra, en las condiciones pactadas (obligación principal), y las siguientes obligaciones:

1. Ostentar la titularidad del derecho de construir en el solar. Si no es así, se aplicaría el art. 362 CC con la consiguiente pérdida de la edificación sin derecho a indemnización.
2. Facilitar documentación e información previa necesaria para la redacción del proyecto, cuyo deber de colaboración incluye facilitar el acceso al terreno y su posesión pacífica⁴⁶.
3. Autorizar al director de obra las modificaciones del proyecto constructivo.
4. Gestionar y obtener las preceptivas licencias y autorizaciones administrativas. Si incumple esta obligación cabría aplicar el art. 1124 CC (STS 3 julio 1997 [RJ 1997, 5479]).
5. Suscribir el acta de recepción de la obra⁴⁷. La recepción de la obra es el acto por el cual el constructor le entrega la obra al promotor y es aceptada por éste (art. 9 LOE). La recepción puede ser expresa o tácita, si transcurridos 30 días desde la fecha de terminación de la obra, acreditada en el certificado final de obras, el promotor no hubiera puesto de manifiesto reservas o rechazo motivado por escrito (art. 6.4 LOE).
6. Suscribir los seguros obligatorios previstos en el art. 19 LOE: seguro de daños materiales o seguro de caución para garantizar durante 3 años el resarcimiento por daños que incumplan el requisito de inhabilitabilidad (art. 19.1 b) LOE) y seguro de daños materiales o seguro de caución para garantizar durante 10 años el resarcimiento de daños por vicios en la cimentación, vigas, muros de carga (art. 19.1 c) LOE).
7. Retener la documentación de obra ejecutada, o cualquier otro documento exigible por las administraciones competentes para entregarla al adquirente si se produce enajenación posterior de la edificación.

⁴⁶ CORDERO LOBATO, E., CARRASCO PERERA, A. y GONZÁLEZ CARRASCO, M. del C. (2000), *Comentarios a la Ley de la Ordenación de la Edificación*, p. 206.

⁴⁷ SAN SEGUNDO MANUEL, T. (2001), *La recepción en el contrato de obra*, CISS, Valencia.

- *Propietarios de la edificación o de parte del mismo*: abono del precio de la obra, en las condiciones pactadas, y además la obligación de conservar en buen estado la edificación mediante un adecuado uso y mantenimiento, y la obligación de recibir, custodiar y transmitir la documentación de la obra ejecutada y los seguros y garantía con que ésta cuente (art.16.1 LOE). Los usuarios, sean o no propietarios, tienen la obligación de utilizar adecuadamente los edificios o una parte de los mismos según las instrucciones de uso y mantenimiento, contenidas en la documentación de la obra ejecutada (art. 16.2 LOE), es decir, en el Libro del Edificio.

C) *Las obligaciones del contratista*:

- *En el Contrato de obra*: La obligación principal es la ejecución de la obra según lo pactado, libre de vicios y en el tiempo acordado. Esta obligación de hacer, no de mera actividad sino de resultado, justifica que el riesgo de la prestación antes de la entrega de la obra se impute al contratista⁴⁸. La ejecución de la obra ha de realizarse en el tiempo convenido, en su ausencia, son de aplicación las reglas del art. 1128 CC. No corren los plazos cuando alguna de las fases de la ejecución de la obra dependa directamente o indirectamente de la voluntad del comitente⁴⁹. Las obligaciones accesorias que se desprenden de la naturaleza del contrato y del principio de buena fe contractual (art. 1258 CC) son las siguientes: deber de información sobre descripción y explicación de la actividad del contratista y de la naturaleza, mantenimiento y uso de la obra; deber de comunicación al comitente de objeciones fundadas en relación a la ejecución de la obra (mala calidad de los materiales aportados por el comitente, etc.); y deber de guardia y custodia de la parte de la obra ya ejecutada y los materiales dentro de ella.

- *En el contrato de construcción de edificaciones sometidas a LOE*:

En el contrato de obra inmobiliaria dada su complejidad técnica y económica intervienen innumerables agentes de la edificación que actúan como contratistas o como colaboradores de éste, entre los que se encuentran: el constructor, el promotor-constructor, el jefe de obra y los subcontratistas de obra, el proyectista, el director de

⁴⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2013), *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, p. 1825.

⁴⁹ SALVADOR CODERCH, P. (1991), *Comentario del Código Civil*, t. II, Ministerio de Justicia, p. 1188.

obra, el director de la ejecución de la obra, los suministradores de productos, los propietarios y las entidades y laboratorios de control de calidad, entre otros. La definición de las funciones de cada uno de estos agentes de la edificación, así como sus respectivas obligaciones se encuentran detalladamente reguladas por los arts. 8 al 16 LOE.

Nos centraremos en la figura del constructor, cuya obligación es ejecutar la obra según el encargo recibido por el comitente reflejado en el proyecto y conforme a su «*lex artis*» que integra el contrato por mandato del art. 1258 CC. Durante la ejecución se somete a las instrucciones del comitente, si bien, por su condición de perito, el constructor debe advertir al comitente la inviabilidad del encargo o de las instrucciones recibidas y la no idoneidad de los materiales aportados por el comitente, si no lo hace, incumplirá el contrato, responderá de los daños y perjuicios (arts.1101 y 1104.1 CC) y soportará la pérdida fortuita ocasionada por los materiales inidóneos suministrados por el comitente, siempre que consintiera su utilización en la obra⁵⁰ (arts.17.6 LOE y 1590 CC).

3. EL CONTRATO DE OBRAS ANTE LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO CONTRACTUAL Y LA PROPUESTA DE ANTEPROYECTO DE LEY DE MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS DE LA COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN

Analizado el contenido del contrato de obra, se advierte la necesidad de abordar la modernización del derecho contractual y el desarrollo del proceso armonizador en el Derecho Europeo. Para avanzar hacia un Derecho Privado Europeo moderno, auténticamente europeo, superando el enfoque Estado-Nación, transformándose a través de la sinergia de las aportaciones de los ordenamientos jurídicos nacionales para seguir construyendo el acervo comunitario, se requiere una armonización profunda y generalizada de todo el derecho contractual europeo. Esta armonización por su

⁵⁰CORDERO LOBATO, E., GONZÁLEZ CARRASCO, M. del C. y CARRASCO PERERA, A. (2000), *Comentarios a la Ley de la Ordenación de la Edificación*, p. 311.

dimensión, aunque será más compleja por la extensa entidad de la misma, permitirá un avance de carácter duradero y realmente enriquecedor.

3.1. EL CONTRATO DE OBRAS ANTE LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO CONTRACTUAL

En el proceso hacia la unificación del Derecho de obligaciones y contratos en Europa ha de lograrse una coexistencia contributiva de los dos modelos jurídicos históricamente existentes, por un lado, el *Common Law* y, por otro lado, el Derecho europeo continental. Es necesario también ser conscientes de la dificultad inherente a tan ingente tarea, dadas las diferencias existentes entre ambos sistemas jurídicos. Aunque sea complejo simplificar la esencia de cada modelo, se puede afirmar que el Derecho anglosajón se identifica casi absolutamente con el principio de la autonomía de la voluntad o principio dispositivo, con el principio de la eficiencia y con un análisis del Derecho como ciencia al servicio de la Economía. Por su parte, el Derecho continental analiza el Derecho como medio o instrumento para lograr soluciones más justas y equitativas, estando basado en el principio de solidaridad social (principalmente Alemania) y el principio de la buena fe⁵¹. Es necesario un acercamiento del *Common law* y del Derecho continental en la consecución del objetivo común y fin último de la Unificación del Derecho Privado Europeo, por supuesto, guiado por el respeto a la diversidad jurídica existente. Junto al *Common Law* y al Derecho europeo continental es preciso tener presente la internacionalización del Derecho de obligaciones y contratos, con la influencia *verbi gratia* del Derecho Latinoamericano.

En el proceso de armonización internacional ha sido determinante la denominada Europeización del Derecho de contratos⁵². Con la finalidad de armonizar el derecho de obligaciones y contratos en Europa se han dictado numerosas directivas y reglamentos obligatorios para los Estados Miembros de la Unión Europea y la Convención de Viena

⁵¹ RIVERA RESTREPO, J. M. (2017), «La Propuesta de Modernización del Código Civil Español en materia de Obligaciones y Contratos de la Comisión General de Codificación, Sección Civil, en lo que se refiere al derecho de opción del acreedor por incumplimiento contractual», *Revista de la Facultad de Derecho*, nº 42, enero-junio 2017, Uruguay, p. 249.

⁵² RUTGERS, J. (2012), *European Contract Law and the Welfare State*, Europa Law publishing, Groningen, Amsterdam, p. 8 ff.

sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980. Según PÉREZ VELÁZQUEZ: «En el Derecho de obligaciones y contratos, la principal preocupación de las Instituciones Comunitarias ha sido ofrecer un adecuado ámbito de protección al consumidor europeo. Se persigue dotar al consumidor de un ámbito de protección mínimo con el objeto de equilibrar la situación de desigualdad o debilidad en la que se encuentra situado en el momento de celebrar contratos, y así propiciar lo que en la práctica no siempre es posible, una situación de igualdad y equilibrio entre las partes. El interés de la Unión Europea por el consumidor se refleja claramente en la expresa reserva de competencias en relación a la protección de consumidores»⁵³.

La Unión Europea en cumplimiento de dicha reserva, ha dictado un elevado número de Directivas en materia de consumo, destacando las relativas a: crédito al consumo, cláusulas abusivas⁵⁴, protección de los consumidores en materia de contratos a distancia⁵⁵, garantías en la compraventa de bienes de consumo⁵⁶ y comercialización a distancia de servicios financieros⁵⁷. Por último, se ha de destacar la Directiva sobre los Derechos de los consumidores⁵⁸. De dicha Directiva han indicado Ángel M. LÓPEZ Y LÓPEZ y Francisco J. INFANTE RUIZ, que «el cuadro de las directivas comunitarias se ha completado en 2011 con la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores, uno de los proyectos más interesantes de los últimos tiempos, con la que se ha acometido la revisión parcial de las Directivas sobre cláusulas abusivas y garantías en la venta de bienes de consumo y la derogación de las Directivas de contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil y de contratos a distancia, cuyas materias han sido integradas completamente en ella. Con la Directiva de derechos de los

⁵³ PÉREZ VELÁZQUEZ, J.P. (2013), *El proceso de modernización del Derecho Contractual Europeo*, Dykinson, Madrid, pp. 42 y 43.

⁵⁴ Directiva 93/13/CEE, del Consejo, 5 de abril de 1993, relativa a las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DOCE L 95, de 21 de abril de 1993, p. 29).

⁵⁵ Directiva 97/7/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, referente a la protección de los consumidores en los supuestos de contratos a distancia (DOCE L 144, de 4 de junio de 1997, p. 19).

⁵⁶ Directiva 1999/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, relativa a determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (DOCE L 171, de 7 de julio de 1999, p. 12).

⁵⁷ Directiva 2002/65/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, referente a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores (DOCE L 271, de 9 de octubre de 2002, p. 16).

⁵⁸ Directiva 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOCE L 304, de 22 de noviembre de 2011, p. 64).

consumidores se pretende dotar de una mayor claridad al Derecho comunitario de contratos y alcanzar una armonización completa, de máximos, de los Derechos estatales en materia de protección de los consumidores»⁵⁹.

En el proceso de armonización, la Convención sobre Compraventa Internacional respondió a la necesidad de aportar certeza y seguridad en las compraventas internacionales, como indica Francisco OLIVA BLÁZQUEZ «la compraventa internacional exige, debido a su señalada trascendencia, una regulación legal que sea capaz de dotar a este contrato de los atributos de certeza y seguridad. La creación de un régimen jurídico que mediante la uniformidad y la armonización acabe con las incertidumbres que obstaculizan las relaciones de intercambio, es un requisito *sine qua non* para garantizar el crecimiento del comercio internacional y el progreso económico»⁶⁰. En este sentido, como afirma Juan Pablo PÉREZ VELÁZQUEZ «A principios del siglo pasado, el progresivo aumento de las relaciones comerciales internacionales, representadas fundamentalmente por la figura de la compraventa, puso de manifiesto la necesidad histórica de engendrar un Derecho uniforme sobre dicha figura, ya que la regulación del contrato de compraventa de los Códigos civiles decimonónicos, pensada para los intercambios domésticos, se manifestó insuficiente para regular el creciente intercambio supranacional»⁶¹. El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, conocido como UNIDROIT o Instituto de Roma inició sus trabajos en los años 30 del siglo pasado y convocó en 1964 una Conferencia Diplomática en La Haya, en la que veintiocho países presentes aprobaron dos textos normativos: la Ley Uniforme sobre la Venta Internacional de Bienes Muebles Corporales (*Uniform Law for the International Sale of Goods*) y la Ley Uniforme sobre la Formación de Contratos de Venta de Bienes Muebles Corporales (*Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods*)⁶². Las mencionadas Leyes de la Haya de 1964 conforman los antecedentes históricos y el primer intento legislativo de unificación de la regulación de la compraventa internacional, entrando en vigor en 1972, aunque no tuvieron gran aceptación. Posteriormente, la Asamblea

⁵⁹ LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., y INFANTE RUIZ, F.J., (2019), «Tema 1. Los fundamentos actuales del Derecho de obligaciones y contratos», en INFANTE RUIZ, F.J. y LÓPEZ DE LA CRUZ, L. (coords.), *Derecho Civil Patrimonial I*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, p. 34.

⁶⁰ OLIVA BLÁZQUEZ, F. (2002), *Compraventa Internacional de Mercaderías (Ámbito de aplicación del Convenio de Viena de 1980)*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 25-34.

⁶¹ PÉREZ VELÁZQUEZ, J.P. (2013), *El proceso de modernización...*, ob. cit., p. 21.

⁶² PÉREZ VELÁZQUEZ, J.P. (2013), *El proceso de modernización...*, ob. cit., pp. 22 y 23.

General de las Naciones Unidas dictó el 17 de diciembre de 1966 la Resolución 2205 (XXI) creando la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL)⁶³. UNCITRAL elaboró un nuevo texto unificador, basado en las dos leyes y convocó la Conferencia Diplomática de Viena de 1980, que contó con 62 Estados, que aprobaron el 11 de abril de 1980 la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG, en inglés). Ésta entró en vigor el 1 de enero de 1988, siendo ratificada sin reservas por España el 17 de julio de 1990. El éxito de la CISG viene explicada principalmente⁶⁴ por el gran número de países que participaron en su elaboración y por el hecho de que ha sido ratificada por más de 70 países entre los que figuran la gran mayoría de potencias comerciales mundiales, con la excepción de Reino Unido y Brasil.

Entre las críticas que se pueden realizar al proceso de modernización del Derecho contractual europeo se encuentra que todavía hoy la mayor parte de la armonización concierne a la protección de los consumidores. Las directivas tienen un enfoque parcial, que implica que solo se afronta un problema concreto en cada directiva. Debido a esta perspectiva parcial, la Comisión Europea comenzó un debate sobre el futuro del Derecho Europeo de contratos en 2001⁶⁵. La Comisión Europea planteó si era necesario un Código Civil Europeo e identificó que aparentemente no lo era o no era todavía factible. En lugar del Código Civil Europeo, la Comisión impulsó el Marco Común de Referencia (*Common Frame of Reference*) y el *optional instrument*. Se pretende mediante el denominado *soft law*, inducir a los estados miembros a adoptar dichos principios y normas comunes⁶⁶. Se pueden mencionar a este respecto, los Principios de Derecho Contractual Europeo, de la Comisión Lando (*PECL*) y el Marco Común de Referencia (*DCFR*). El DCFR se describe como una «caja de herramientas», que el legislador europeo y nacional puede usar en la preparación de nueva legislación.

⁶³ Con relación a UNICITRAL, vid. CAMPUZANO DÍAZ, B. (2002), «¿Hacia un Derecho Contractual Europeo?», *Anuario de Derecho Civil*, nº 2, Universidad de Sevilla Servicio de Publicaciones, p. 48.

⁶⁴ Sobre las razones del éxito de la CISG, ver entre otros juristas: OLIVA BLÁZQUEZ, F., *Compraventa Internacional...*, ob. cit., pp. 37- 41 y PERALES VISCASILLAS, M. del P., *La formación del contrato...*, ob. cit., pp. 58-67.

⁶⁵ EUROPEAN COMMISSION (2001) *Communication on European Contract Law*, 398 final.

⁶⁶ GÓMEZ POMAR, F. y GILI SALDAÑA, M. (2012) «El futuro instrumento opcional del Derecho contractual europeo: una breve introducción a las cuestiones de formación, interpretación, contenido y efecto», *Indret*, enero 2012, Barcelona, pp. 1-27.

La transformación armonizadora europea, representada por el DCFR, se ve paralizada por la publicación de propuestas de regulación de contratos específicos, que no constituyen la anhelada armonización de todo el Derecho contractual europeo. En relación con el contrato de obra, incluido como una parte del contrato de servicios en el DCFR, y asimismo, con el propio contrato de servicios, «hay que recordar que los intentos armonizadores del *soft law* europeo sufrieron un severo revés a partir de la publicación del CESL (*Common European Sales Law*), propuesta de normalización común de la compraventa europea, por la limitación de su objeto, centrado en el contrato de compraventa y en unas concretas modalidades de servicios relacionados con ésta»⁶⁷.

Al DCFR, en el que han participado numerosos investigadores europeos que han dotado al texto del rigor académico necesario, hay que concederle un importante valor debido a que como establece Francisco J. INFANTE RUIZ: «En la medida en que expresa las reglas y principios que los investigadores han considerado más adecuadas y modernas para la regulación de las materias señaladas (principalmente, contratos y obligaciones no-contractuales), puede ser un instrumento primordial en los *comparative approaches*, particularmente –aunque no sólo- en las perspectivas de selección de las mejores normas para la solución del problema (*better approach rules*)»⁶⁸. El DCFR constituye un avance importante en el proceso de armonización del Derecho Civil en la Unión Europea y muchos juristas esperan que sea la base de un futuro Código Civil Europeo.

En el Derecho español, no se ha producido ningún cambio en la situación legislativa de los contratos de servicios y de obra, aunque consta algún intento como el proyecto de ley de modificación del Código Civil sobre los contratos de servicios y de obra de 1994⁶⁹. Recientemente también se han realizado esfuerzos y avances en este sentido, la Sección Civil de la Comisión General de Codificación presentó en 2009, una Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos (en

⁶⁷ DE BARRON ARNICHES, P. (2017), *Las obligaciones de hacer en el Derecho Privado Europeo. Contratos de obra y de servicios*, Biblioteca de Derecho Europeo, Ediciones Olejnik, Santiago-Chile, pp. 14 y ss.

⁶⁸ INFANTE RUIZ, F. J. (2008), «Entre lo político y lo académico: un *Common Frame of Reference* de derecho privado europeo», *Indret*, nº 2, abril 2008, Barcelona, p. 41.

⁶⁹ Proyecto de Ley 123/000043, BOCG de 12 de abril de 1994.

adelante, PMCC), motivada por la conveniencia de modernización de las normas del Código Civil español de 1889. Como afirma la propia Exposición de motivos de la Propuesta, su conveniencia es indiscutible.

Además de la PMCC, la Sección Primera de la Comisión General de la Codificación ha estado trabajando sobre el borrador de un nuevo Título VI del Libro IV del Código Civil, bajo la rúbrica «Contratos de Servicios». Consta de un primer capítulo de Disposiciones generales que contiene nueva redacción de los arts. 1.581 a 1.592 del Código Civil.

De igual modo, la Comisión General de Codificación ha publicado en la página web del Ministerio de Justicia una propuesta de Reforma del Capítulo II del Título VI sobre los contratos de obra, con texto definitivo de la Sesión 30/05/2012, Acta 277. La propuesta consta de 8 artículos que constituyen un avance significativo en la regulación del contrato de obra en el Código Civil. El artículo 1 de la propuesta define el contrato de obra como «aquel por el que una persona denominada constructor se obliga respecto de su cliente o comitente a ejecutar a cambio de una retribución cualesquiera de las prestaciones siguientes». Describe como objeto del contrato de obras las prestaciones que se podrían sintetizar en los siguientes apartados:

- 1) Construcción de un edificio u otro inmueble, mantenerlo, mejorarlo, reformarlo o demolerlo o realizar cualquiera de esas actividades en un inmueble ya existente o en sus instalaciones.
- 2) Reproducir o fabricar, mantener, reparar, mejorar, reformar, destruir, reciclar toda clase de bienes muebles o de naturaleza incorporal.
- 3) Redactar proyectos técnicos, llevando a cabo la dirección de las obras, y realizar el control de calidad, prestar asistencia técnica en materias que estén relacionadas con las referidas en los apartados anteriores.
- 4) Llevar a cabo en forma conjunta o combinada algunas de las actividades mencionadas en los apartados anteriores.

El art. 1544 CC vigente define conjuntamente el arrendamiento de obras y servicios como:

«En el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto». Comparativamente, con la nueva propuesta regulatoria de la Comisión General de Codificación se deslindaría por fin el contrato de obra del contrato de servicios, superando la anticuada denominación del «arrendamiento» para referirse a estos contratos. Además, se estaría delimitando con claridad el objeto del contrato de obras, que comprendería la construcción de inmuebles, muebles, redacción de proyectos técnicos y actividades combinadas de estas 3 categorías.

Los arts. 2 y 3 establecen las obligaciones del comitente y del constructor. El art. 4 se refiere a la entrega y recepción de la obra. Este artículo tiene una fuerte vinculación con la nueva regulación del incumplimiento del contrato. La PMCC establece un nuevo concepto de incumplimiento contractual. El concepto de incumplimiento y su relación con los riesgos contractuales resulta de sumo interés, por lo que se incluye en el siguiente epígrafe un análisis de ese binomio.

3.2. SOBRE LA RELACIÓN EXISTENTE ENTRE EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL Y LA TEORÍA DEL RIESGO EN LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL

La relación existente entre el incumplimiento del contrato y los riesgos es una cuestión de sumo interés. Antes de su análisis resulta relevante referirse, como cuestión previa, a la definición del término «incumplimiento». El concepto de incumplimiento que utilizan los PECL es, según indica MORALES MORENO, el mismo que aplica, aunque no lo defina, la Convención de Viena. El art. 1:103[4] PECL expresa que:

«Incumplimiento significa cualquier inexecución de una obligación contractual, tanto si es excusable como si no lo es, e incluye el cumplimiento retrasado, el cumplimiento defectuoso y la infracción de deberes de cooperación para alcanzar la plena efectividad del contrato».

Este concepto de incumplimiento se caracteriza según MORALES MORENO por los siguientes rasgos⁷⁰:

- 1) Por su *amplitud*: Consiste en la falta de ejecución o realización de las exigencias del contrato, en cualquiera de sus manifestaciones. Esta amplitud permite integrar en un sistema único, la pluralidad de sistemas de responsabilidad contractual que recoge el Código Civil. De este modo se puede hacer desaparecer los sistemas especiales de responsabilidad que implican los saneamientos. Según MORALES MORENO: «la mora y la imposibilidad pasan a ser consideradas como manifestaciones del incumplimiento; y la resolución como un remedio, entre otros, del incumplimiento».
- 2) El nuevo concepto de incumplimiento contempla, ante todo, la *falta de satisfacción del interés del acreedor* garantizado por el contrato. No es sólo un incumplimiento de obligaciones, sino un incumplimiento del contrato.
- 3) Es un *concepto neutro*, desde el punto de vista de la imputación subjetiva al deudor. «Constata, simplemente, de modo objetivo, la falta de realización de las exigencias del contrato, en orden a la satisfacción del interés del acreedor. No contiene ningún elemento de imputación de responsabilidad al contratante incumplidor y menos aún de reproche»⁷¹.

La falta de realización del resultado determina la insatisfacción del acreedor y por tanto la producción del incumplimiento. En tal sentido, MORALES MORENO ha señalado que «hoy podemos afirmar que la nueva construcción del derecho de obligaciones contractual tiende a reforzar, en la vinculación contractual, la idea de garantía de un resultado, que traspasa los límites de la idea de cumplimiento del deber de prestación. Afirmar que el deudor garantiza un resultado (un nivel de satisfacción del interés del acreedor) supone que la vinculación contractual tanto puede referirse al cumplimiento de deberes de conducta, como a hechos, situaciones o estados que la

⁷⁰ MORALES MORENO, A.M. (2010), *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Aranzadi, Cizur menor (Navarra), pp. 29 y ss.

⁷¹ MORALES MORENO, A.M. (2010), *Incumplimiento del contrato...*, ob. cit., p. 30.

realidad (presente o futura), que constituya presuposiciones del contrato, cuando el riesgo que para el acreedor implica su existencia o no existencia corre de algún modo a cargo del deudor»⁷².

En el mismo sentido, en general la doctrina ha señalado que la Propuesta de Modernización del Código Civil (PMCC) apuesta por un nuevo concepto de incumplimiento contractual, regulado en el Capítulo VII, titulado «Del incumplimiento» (arts. 1188 a 1212 PMCC), de carácter general y unitario⁷³. Según la literalidad del art. 1188 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos, éste define la existencia de incumplimiento de modo tal que: «Hay incumplimiento cuando el deudor no realiza exactamente la prestación principal o cualquier otro de los deberes que de la relación obligatoria resulten». Por tanto, el artículo 1188.1 PMCC y también el Preámbulo establecen que estamos ante un incumplimiento cuando no ejecuta exactamente lo que reza en el contrato, con independencia de si el incumplimiento le es o no imputable⁷⁴. Se trata de una configuración objetiva del concepto de incumplimiento⁷⁵. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN señala a este respecto que: «Son muy tradicionales los arts. 1.205-1.212, pero es especialmente importante el art. 1209, porque sobre él pendula la concepción del resarcimiento que la Propuesta tiene. No es una consecuencia que deba fundarse directamente en la culpa, que es lo que se ha llamado siempre responsabilidad subjetiva, pero tampoco es una responsabilidad totalmente objetivada».

Entre las ventajas de esta noción objetiva se encuentran las siguientes: la noción unitaria de incumplimiento es conforme con la moderna doctrina comparada,

⁷² MORALES MORENO, A.M. (2006), *La Modernización del Derecho de Obligaciones*, Aranzadi, Navarra, pp. 19 y 20.

⁷³ GÓMEZ CALLE, E. (2012), «Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia», *ADC*, 65(1), pp. 29-102.

⁷⁴ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1993). *Comentario del Código civil*, T. II. Madrid, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones.

⁷⁵ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (2009). *Estudio doctrinal. La Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos*. Boletín General de Información del Ministerio de Justicia, Año LXV, núm. 2130.

consignada en varios textos de Derecho uniforme⁷⁶ y, con la jurisprudencia, que ha prescindido del elemento subjetivo al calificar la resolución contractual⁷⁷.

El art. 1188.1 PMCC en su referencia a la «no realización exacta de la prestación» nos conduce a un concepto clave en el nuevo derecho de obligaciones: la falta de conformidad. Por la transposición de la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (DVC), la falta de conformidad ya es parte de nuestro derecho, aunque sólo en el ámbito del derecho del consumo, con lo que conviven remedios procedentes de dos tradiciones: la falta de conformidad con origen en la CISG y el derecho comunitario y europeo y el saneamiento con origen en las acciones edilicias romanas⁷⁸.

Como afirma Francisco OLIVA BLÁZQUEZ, «efectivamente, partiendo de los conceptos de «conformidad» (art. 2.1) y «falta de conformidad» (art. 2.2), la citada Directiva procede a la unificación del binomio cumplimiento-incumplimiento en torno a una categoría amplia y unitaria que exige en todo caso la correspondencia entre el bien entregado con el modelo acordado en el contrato. Además, se reconoce un conjunto uniforme de remedios para los supuestos de falta de conformidad: reparación, sustitución, reducción del precio y resolución del contrato (art. 3.2)»⁷⁹.

El art. 1.474 PMCC⁸⁰ establece la necesidad de que la prestación sea conforme y qué se entiende por falta de conformidad. Este artículo determina sobre qué elementos se conceptúa la conformidad con el contrato: «cantidad, calidad y tipo» de la cosa

⁷⁶ FENOY PICÓN, N. (2010), «La Modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: Aspectos generales. El incumplimiento», *ADC*, núm. LXIII-1, enero 2010, pp. 47–136.

⁷⁷ PALAZÓN GARRIDO, M. L. (2011), «El remedio resolutorio en la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones en España» en ALBIEZ DOHRMANN, K. J., PALAZÓN GARRIDO, M. L. y MÉNDEZ SERRANO, M. del M (Coord.). *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*. Atelier, Barcelona, pp. 423-447.

⁷⁸ VAQUER ALOY, A. (2011), «El Principio de conformidad: ¿supraconcepto en el derecho de obligaciones?», *ADC*, núm. LXIV-I, enero 2011, pp. 5-39.

⁷⁹ OLIVA BLÁZQUEZ, F. (2016), «Nuevos marcos normativos para los contratos nacionales e internacionales», en HORNERO MÉNDEZ, C., ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. y OLIVA BLÁZQUEZ, F. (Dir.), *Derecho de contratos: nuevos escenarios y nuevas propuestas*, Aranzadi, Cizur menor (Navarra), p. 65.

⁸⁰ El art. 1474 PMCC establece que: «La cosa entregada deberá ser conforme con el contrato en cantidad, calidad y tipo y deberá estar embalada o envasada en la forma que resulte del contrato. La entrega de cosa diferente de la pactada se equipara a la falta de conformidad».

entregada. Continúa el art. 1.474 PMCC preceptuando que: «La entrega de cosa diferente de la pactada se equipara a la falta de conformidad». Según este artículo de la PMCC, la entrega de una prestación diferente a la pactada por las partes contractuales constituye una falta de conformidad. La propuesta de modernización del contrato de obras (art. 4) en un claro paralelismo de tres elementos como elementos configuradores de la conformidad utiliza «descripción, calidad y plazo». El principio de conformidad está claramente constituido por la predilección hacia el principio de autonomía de la voluntad, de fuerte arraigo en el Derecho anglosajón. El concepto de conformidad se determina normalmente mediante el establecimiento de presunciones, como puede observarse en el art. 1.475 PMCC. En dicho artículo los tres elementos configuradores de la conformidad se concretan en presunciones de falta de conformidad cuando:

- 1) La cosa no se ajusta a la descripción del vendedor.
- 2) No posee las cualidades de la muestra o del modelo presentados por el vendedor al comprador.
- 3) No es apta para el uso especial requerido por el comprador al celebrarse el contrato siempre que el vendedor haya admitido que la cosa es apta para dicho uso.
- 4) No es apta para los usos a que ordinariamente se destinan bienes del mismo tipo o no presenta la calidad y proporciona las prestaciones habituales que, conforme a la naturaleza del bien, el comprador pueda fundadamente esperar⁸¹.

En este artículo se mezclan criterios objetivos y subjetivos. Especialmente problemático en cuanto a las dificultades de prueba es la mención a las expectativas del comprador, con la incorporación de la expresión «el comprador pueda fundadamente esperar», de índole subjetivo y que tan solo se modula por el criterio objetivo de la primera parte del apartado 4 que alude a «los usos a que ordinariamente se destinan bienes del mismo tipo».

La inclusión de las expectativas del consumidor debería complementarse con la inclusión del principio de buena fe en el art. 1.474 PMCC. El principio de buena fe,

⁸¹ En este sentido, VAQUER ALOY, A. (2011) señala que: «Se realza con claridad el rol de la autonomía de la voluntad en la determinación de la conformidad, no sólo por la invocación de los pactos entre las partes en el inicio de este precepto, sino también por la llamada a la “descripción” realizada por el vendedor. Se conjugan criterios objetivos y subjetivos», en el artículo «El Principio de conformidad: ¿supraconcepto en el derecho de obligaciones?», *ADC*, núm. LXIV-I, enero 2011, p. 14.

base del Derecho continental, serviría de límite al principio de la autonomía de la voluntad y de elemento de integración e interpretación del contrato. Es una forma de equilibrar el excesivo desequilibrio hacia el *Common Law*. Según DE LOS MOZOS: «La aplicación del principio de buena fe hace penetrar en el orden jurídico un elemento natural, propiamente extrajurídico, que viene, de este modo, a formar parte de la propia regla jurídica»⁸². Esa es la principal función del principio de buena fe, que «lo justo natural»⁸³ limite a lo «justo positivo», a través de la integración de los vacíos normativos y la interpretación de los contratos en la búsqueda de la Justicia. Ciertamente la buena fe y el comportamiento leal, como principios generales aplicables a las obligaciones, constituyen elementos relevantes en la contratación y ante la pregunta ¿qué consecuencias conlleva el incumplimiento de los deberes exigidos por la buena fe?, afirma SERRANO FERNÁNDEZ que: «la violación de un deber entre particulares es siempre un ilícito y por ello fuente de responsabilidad en la medida que cause un daño, la cual se traduce en una indemnización susceptible de ser fijada en dinero. Por último pueden existir otras reacciones como la ineficacia del acto realizado en contra de la buena fe, o la exigencia coactiva en forma específica de que se realice el deber incumplido»⁸⁴. El DCFR establece consecuencias más leves, considerando que el incumplimiento del deber de actuar de acuerdo con el principio de buena fe no dará derecho directamente a los remedios por incumplimiento de una obligación, pero podrá impedir a la persona incumplidora el ejercicio de remedios, excepciones u otros derechos que en caso contrario dispondría.

El art. 4 de la propuesta de modernización del contrato de obra de la Comisión General de Codificación, establece que: «La obra deberá ser realizada según la descripción y calidad previstas en el contrato y ser puesta a disposición del comitente en el plazo convenido». La conformidad ante la realización exacta de la prestación, se sustenta en la propuesta de nueva regulación del contrato de obra sobre tres aspectos: descripción, calidad y puesta a disposición en plazo de la obra. *A sensu contrario*, una obra que no sea realizada según la descripción y calidad previstas en el contrato y no sea

⁸² DE LOS MOZOS, J. L. (1965), *El Principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho civil español*, Barcelona, Bosch.

⁸³ RIVERA RESTREPO, J. M. (2012), «Algunos comentarios acerca de la equidad natural a la luz de la sentencia de fecha 12 de marzo de 1984, dictada por la Corte de Apelaciones Presidente Aguirre Cerda», *Revista Ars Noni et Aequi*, nº 8, pp. 323-344.

⁸⁴ SERRANO FERNÁNDEZ, M. (2019), Tema 7: «Las obligaciones y los sujetos que la integran», en LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (dir.), INFANTE RUIZ, F. J., LÓPEZ DE LA CRUZ, L. (coord.), *Derecho Civil Patrimonial I*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, p.185.

puesta a disposición del comitente en plazo podemos calificarla como obra no conforme, por consiguiente, se estaría ante una falta de conformidad de la obra. Hasta el momento, la noción de falta de conformidad en el Derecho contractual español general no se propone en la teoría general de la obligación, sino en sede de un específico contrato, el de compraventa. La nueva regulación propuesta supone la introducción del Principio de conformidad en el contrato de obra.

La falta de conformidad en la compraventa es un concepto unitario que pretende describir cualquier desviación de los bienes respecto de las expectativas del comprador en el contrato de compraventa. Siendo las partes libres en la configuración de las prestaciones, la conformidad no es más que la correspondencia de la cosa entregada con el diseño que las partes hicieron de la prestación. VAQUER ALOY establece que: «La falta de correspondencia entre la cosa que el vendedor entrega efectivamente -la prestación real- y la cosa tal como fue concebida por las partes en el momento de la perfección del contrato -la prestación ideal- genera la no conformidad de la prestación, un concepto que engloba el cumplimiento defectuoso o inexacto, el retraso, los vicios o defectos de la cosa e incluso, la prestación distinta a la pactada»⁸⁵. GÓMEZ LIGÜERRE afirma que: «El vendedor solo cumple correctamente si entrega en el tiempo, lugar y forma pactados un bien que es conforme con el contrato. En otro caso, y especialmente en el supuesto de falta de conformidad, el vendedor incumple su obligación de entrega. Solo la entrega de un bien conforme, material y jurídicamente, con el comprado supone cumplimiento cabal de las obligaciones del vendedor»⁸⁶. Se distinguen dos clases de falta de conformidad: la material y la jurídica, la primera equivale a este moderno concepto al que hace alusión la doctrina moderna. La falta de conformidad jurídica, se refiere a lo que el CC consagra como evicción y vicios redhibitorios⁸⁷.

Entre las regulaciones más recientes e innovadoras del contrato de compraventa, la conformidad del bien con el contrato es responsabilidad que compete al vendedor y la

⁸⁵ VAQUER ALOY, A. (2011), «El Principio de conformidad...», ob. cit., pp. 5-39.

⁸⁶ GÓMEZ LIGÜERRE, C. (2015), «Remedios ante la falta de conformidad», Ponència a les XVIIIenes Jornades de Dret Català a Tossa, Universitat de Girona, p. 2.

⁸⁷ RIVERA RESTREPO, J. M. (2017), «La Propuesta de Modernización del Código Civil Español ...», ob. cit., pp. 247-278.

falta de conformidad se configura como *un supuesto de incumplimiento del contrato*⁸⁸. Asimismo, desde hace décadas, el art. 35.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías establece que: «El vendedor deberá entregar mercaderías cuya cantidad, calidad y tipo correspondan a los estipulados en el contrato y que estén envasadas o embaladas en la forma fijada por el contrato». La obligación de conformidad de los bienes vendidos se define en términos similares, aunque solo referido a la compraventa de consumo, en el art. 114 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (TRLGDCU)⁸⁹, que dispone que: «El vendedor está obligado a entregar al consumidor y usuario productos que sean conformes con el contrato, respondiendo frente a él de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del producto». Así mismo, el art. IV.A-2:101 del *Common Frame of Reference* (CFR) recoge que la conformidad de los bienes vendidos es también una obligación a cargo del vendedor, al establecer que: «*The seller must: (...) d) ensure that the goods conform to the contract*».

Entre las causas definitorias de la falta de conformidad, el retraso constituye una de las más importantes. Francisco J. INFANTE RUIZ establece que: «En una perspectiva mucho más práctica la fijación del tiempo de cumplimiento de la obligación siempre ha preocupado a los juristas, ya que gracias a ella se determina el momento inicial en el que la obligación nace y a partir de la cual puede ejecutarse la prestación («término inicial»), el momento en que ha de cumplirse llegado el *dies solutionis* («término final»), el espacio temporal dentro del cual habrá de realizarse la prestación («período de cumplimiento», *period of performance o Zeitraum*), el «día» o «momento determinado» en el que debe realizarse la prestación («fecha fija», *fixed time o Zeitpunkt*) o el «plazo razonable» en el que deberá realizarse la prestación a falta de previsión por las partes (*reasonable time o angemessene Zeit*). En el caso en que el día, momento o espacio temporal se configure en interés del acreedor como fundamental, es decir, cuando la fecha fija contenga un cumplimiento exactamente puntual, o bien cuando el «período de cumplimiento» dentro de cual ha de realizarse la prestación sea estricto, y tenga tal trascendencia que un cumplimiento tardío frustra por completo (al menos en una primera valoración *ex ante*) su interés, entonces se habla de término

⁸⁸ GÓMEZ LIGÜERRE, C. (2015), «Remedios ante la falta de conformidad», *ibid.*

⁸⁹ El TRLGDCU fue aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

esencial»⁹⁰. Las consecuencias del incumplimiento serán muy diferentes en función de cómo se configure el término tiempo en el contrato, si se configura como ordinario o como esencial. Según Francisco J. INFANTE RUIZ: «En el caso del término esencial un cumplimiento tardío no es cumplimiento (por regla general) [...]. El vencimiento y la exigibilidad equivalen al momento en el que irremediablemente el deudor debe cumplir, pues cualquier retraso podrá estimarse como incumplimiento, a la vez que el acreedor deberá asumir la prestación que es realizada con exactitud por el deudor en el preciso instante de su vencimiento»⁹¹.

La configuración de la falta de conformidad en la PMCC, aunque se circunscribe al principio de autonomía de la voluntad sin género de dudas, es posible establecer un paralelismo con el concepto de vicio del Derecho continental, concretamente con el Derecho alemán y el §633.2 BGB, que utiliza el término defecto como sinónimo de vicio material, y por el que, una obra es defectuosa si: 1) No tiene la calidad acordada o, en tanto que la calidad no fue acordada, 2) No es adecuada para el propósito supuesto según el contrato, «por lo demás» quiere decir si una determinada idoneidad no está acordada o supuesta, 3) No es adecuada para el propósito habitual, 4) No tiene la calidad habitual de obras de la misma clase, que el ordenante pueda esperar. La obra se considera además como defectuosa, si el empresario: 5) Produce otra obra en lugar de la obra ordenada y 6) Produce la obra en una cantidad demasiado pequeña. Si la obra es defectuosa porque adolece de algún vicio, se produce la falta de conformidad.

La propuesta de modernización del Código Civil relativa al contrato de obra debería incluir un artículo de falta de conformidad de la obra siguiendo el modelo alemán del vicio contractual, compuesto por criterios objetivos. Se observa bastante similitud entre el contenido del art. 1.475 PMCC de las presunciones de falta de conformidad y el §633.2 BGB, el Código Civil alemán⁹², sobre el vicio en el contrato de obra. El nuevo artículo de falta de conformidad del contrato de obra que debiera incluirse para modernizar el Código Civil español en la materia, ha de estar configurado como el modelo alemán por elementos objetivos como: calidad acordada, propósito supuesto, propósito habitual y calidad habitual de obras de la misma clase.

⁹⁰ INFANTE RUIZ, F. J. (2008), *Contrato y término esencial*, La Ley, Madrid, p. 18.

⁹¹ INFANTE RUIZ, F. J. (2008), *Contrato y término esencial*, *ibid.*, p. 23.

⁹² VON HEIN, J. (2015), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. Internationales Privatrecht I, Verlag C.H. Beck, München.

A partir de la nueva propuesta de regulación del contrato de obra en el Código Civil y en torno al principio de conformidad, es posible conceptualizar el *riesgo de falta de conformidad o riesgo de incumplimiento*, que podríamos definir para el contrato de obra como: la incertidumbre o probabilidad de que en la obra pueda darse un cumplimiento defectuoso o inexacto de la prestación por el contratista, el retraso, vicios o defectos en la obra o la entrega de una prestación distinta a la pactada, que tengan como consecuencia la falta de conformidad de la obra a lo pactado por las partes en el contrato. El riesgo de falta de conformidad lo soporta el contratista, dado que en el desempeño de la prestación puede realizar algún vicio o retraso en la entrega que provoque la no conformidad del comitente en la entrega. El riesgo de falta de conformidad lo sufre el contratista desde el inicio de la ejecución de la obra. MORALES MORENO establece a este respecto que: «Es una idea mantenida en la doctrina, y totalmente compatible, en cuanto que se asienta en el principio de conmutatividad sobre el que se construye el contrato sinalagmático (sobre el que opera la resolución), que el precio cobrado por el contratante obligado a la prestación de bienes o servicios incluye no sólo el valor atribuido a la prestación, sino la estimación del riesgo asumido en caso de incumplimiento por los daños que deba reparar»⁹³.

Así ocurre también en el contrato de compraventa internacional, en el que el art. 36 de la Convención de Viena contiene una regla general según la cual la falta de conformidad es imputable al vendedor, si existe en el momento de la transmisión del riesgo al comprador⁹⁴. Este precepto establece, además, dos excepciones a dicha regla que permiten imputar la falta de conformidad al vendedor, a pesar de que esta se haya producido con posterioridad al momento de transmisión del riesgo al comprador:

- 1) Cuando la falta de conformidad tiene su causa en el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones del vendedor (le es «imputable») ó
- 2) Cuando el vendedor ha garantizado que durante determinado período las mercancías seguirán siendo aptas para su uso ordinario, o para un uso

⁹³ MORALES MORENO, A.M. (2010), *Incumplimiento del contrato...*, ob. cit., pp. 188 y 189.

⁹⁴ LINACERO DE LA FUENTE, M. (2007), *Los riesgos en el contrato de compraventa. La reforma del Artículo 1452 del Código Civil*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, p.162 y ss.

especial, o conservarán las cualidades y características especificadas, y no se cumple dicha garantía⁹⁵.

Por tanto, la regla general es imputar al vendedor el riesgo de falta de conformidad causado en una fase anterior a la entrega del bien al comprador. La exigencia legal de preexistencia de dicha falta de conformidad, plantea un problema de índole probatoria⁹⁶. Podría sostenerse que la prueba corresponde al comprador, prueba que las presunciones legales facilitan⁹⁷, e incluso adoptarse un criterio distinto dependiente de si el comprador ha aceptado o no las mercaderías entregadas. Antes de la aceptación, ante su rechazo, la prueba de conformidad corresponde al vendedor y, a partir de la aceptación al comprador⁹⁸.

En el momento de la entrega de la obra puede que la prestación sea recibida por el comitente como prestación conforme a lo pactado o que se produzca la falta de conformidad. Resulta razonable que el *Riesgo de falta de conformidad* lo asuma el contratista porque es la parte del contrato que tiene la responsabilidad de entregar la obra libre de vicios, como afirma el §633 I BGB: «el empresario debe proporcionar al cliente (ordenante) la obra libre de vicios materiales y jurídicos». Además, es consecuente con la consideración de que la parte que debe asumir un determinado riesgo es la parte que tiene el control de la obra hasta que se produzca la transmisión de los riesgos al comitente, hasta el momento relevante, que regula el art. IV.C.–3:108 DCFR (*Risks*)⁹⁹. Según la definición del «momento relevante» (*relevant time*) que el DCFR recoge en el apartado 2 del anteriormente citado artículo, éste se produce:

⁹⁵ LINACERO DE LA FUENTE, M. (2007), *Los riesgos en el contrato de compraventa...*, ibid., p.162.

⁹⁶ GARCÍA CANTERO, G. (1980), *Comentarios a los arts. 1415 a 1541*, Tomo XIX, M. Albadalejo (dir) *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, Madrid, pp. 343 y 344.

⁹⁷ Atendiendo al tenor del art. 5.3 de la Directiva 1999/44/CE, la mayor parte de los Estados Miembros en sus leyes de transposición han fijado un plazo de presunción de 6 meses, de forma que las faltas de conformidad que se manifiesten en los 6 meses posteriores a la entrega se presumirá “*ius tantum*”, que ya existían en esa fecha, salvo cuando dicha presunción sea incompatible con la naturaleza de los bienes o la índole de la falta de conformidad (§476 BGB, art. 9.1 Ley 23/2003 y art. 1519 sexies del Codice Civile). Cit. por LINACERO DE LA FUENTE, M. (2007), *Los riesgos en el contrato de compraventa...* ob. cit., p. 163, nota 99.

⁹⁸ En ese sentido VON CAEMMERER, SCHLECHTRIEM, SCHWENZER, *Kommentar*, 2.ª ed., artículo 35, núm. 49 y otros autores. Cit. por LINACERO DE LA FUENTE, M. (2007), *Los riesgos en el contrato de compraventa. La reforma del Artículo 1452 del Código Civil*, p. 163, nota 100.

⁹⁹ STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE and RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, p. 826.

- (a) cuando el control de la estructura se debe transferir al cliente, el momento en que dicho control ha sido, o debería haber sido, transferido de acuerdo con IV.C.- 3: 106 (Entrega de la estructura);
- (b) en otros casos, el momento en que el trabajo se ha completado y el constructor lo ha informado al cliente.

Si se produce una falta de conformidad, lo que constituye un supuesto de incumplimiento del contrato, el art. 1.190 de la PMCC establece los remedios aplicables, de tal modo que: «En caso de incumplimiento podrá el acreedor, conforme a lo dispuesto en este Capítulo, exigir el cumplimiento de la obligación, reducir el precio o resolver el contrato y, en cualquiera de estos supuestos, podrá además exigir la indemnización de los daños y perjuicios producidos». Este artículo amplía las opciones contempladas por el art. 1.124.2 CC, que se centra en la resolución del contrato. Además, se puede añadir entre los remedios, la suspensión total o parcial de la prestación, recogida en el art. 1.191 de la PMCC¹⁰⁰, que contempla la *exceptio non adimpleti contractus*. Suspensión que se exceptúa en el caso de suspensión contraria a la buena fe atendido el alcance del incumplimiento, acertadamente la PMCC incorpora la buena fe como límite a la autonomía de la voluntad. La PMCC da la posibilidad de elección al acreedor o comitente de la obra, si se refiere al contrato de obra, entre los tres remedios exigir el cumplimiento, reducción de precio o resolución del contrato, más la compatible indemnización de daños y perjuicios en los tres casos. Esta función de numerar los remedios generales por el incumplimiento del art. 1.190 PMCC es una novedad con respecto al Código Civil¹⁰¹, que además no contemplaba la reducción del precio, ya que éste no regula la reducción del precio como remedio general (lo hace en los contratos en particular).

¹⁰⁰ Art. 1.191 PMCC. «En las relaciones obligatorias sinalagmáticas, quien esté obligado a ejecutar la prestación al mismo tiempo que la otra parte o después de ella, puede suspender la ejecución de su prestación total o parcialmente hasta que la otra parte ejecute o se allane a ejecutar la contraprestación. Se exceptúa el caso de suspensión contraria a la buena fe atendido el alcance del incumplimiento».

¹⁰¹ En su propuesta de reforma de la responsabilidad contractual, PANTALEÓN PRIETO clasifica los remedios por incumplimiento en: a) pretensión de cumplimiento, incluyendo la reparación de los vicios o sustitución del objeto y cualquier otra forma de corregir la prestación defectuosa; b) remedios sinalagmáticos: resolución de la relación contractual, reducción del precio y *exceptio inadimpleti contractus*; señala que puede añadirse la resolución anticipada y la que llama «excepción de riesgo de incumplimiento»; c) remedios indemnizatorios: en los que diferencia la responsabilidad contractual en sentido estricto «y la indemnización de los gastos del contrato satisfechos por el contratante que resuelve por incumplimiento de la otra parte debido a una circunstancia ya existente al tiempo de contratar, aunque la ignorancia de ella no sea imputable al incumplidor (cfr. arts. 1486.I y 1487 CC)»; d) «Pretensión restitutoria del enriquecimiento injustificado, obtenido por el deudor a costa del acreedor» (cita, entre otros preceptos, el art. 1186 CC). ADC (1993), vol. 46 -IV, pp. 1727-1728.

Como afirma FENOY PICÓN en referencia al art. 1.190 PMCC: «A partir de la conjunción disyuntiva «o» del art. 1.190 primera regla PC, es claro que los remedios generales del cumplimiento, de la reducción del precio y de la resolución funcionan –presupuestos sus requisitos– de manera alternativa y a elección del acreedor, de acuerdo con lo dispuesto en el Capítulo VII. Son remedios incompatibles entre sí, en cuanto que el acreedor no puede ejercitarlos simultáneamente y de modo acumulado»¹⁰². La aplicación de los distintos remedios por incumplimiento está condicionada a la consecución de los requisitos de cada tipo de remedio.

Los remedios por incumplimiento son relevantes para garantizar la asunción de responsabilidad de la parte que incumple el contrato. Los remedios pueden ser entendidos como garantías ante la probable materialización de riesgos y su distribución *inter partes*. Las partes del contrato soportan el *riesgo de incumplimiento*, consistente en que la contraparte, ya sea el contratista o ya sea el comitente de la obra, no cumpla con la prestación a la que se vinculó en la formalización del contrato. El riesgo de incumplimiento que sufre el comitente consiste en la probabilidad de que el contratista no le entregue la prestación acordada, se la entregue fuera de plazo o con vicios. El riesgo que asume el contratista es que el comitente no le pague el precio acordado o le pague fuera de plazo. MORENO MORALES en relación al incumplimiento y la retribución del riesgo de incumplimiento asumido por el deudor, pone de manifiesto que el precio cobrado por el contratante obligado a la prestación de bienes o servicios incluye no sólo el valor atribuido a la prestación, sino la estimación del riesgo asumido, en caso de incumplimiento, por los daños que deba reparar. Pero esta consideración ocasiona aparentemente alguna dificultad en caso de que se produzca la resolución¹⁰³.

MORENO MORALES plantea la pregunta de si el contratante incumplidor queda obligado a indemnizar al otro contratante el interés en el cumplimiento del contrato (interés positivo) sin recibir nada a cambio como consecuencia del efecto liberatorio/restitutorio de la resolución. La respuesta que proporciona MORENO MORALES es que: «la resolución no impide al deudor mantener la ventaja del mayor

¹⁰² FENOY PICÓN, N. (2011), «La Modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte segunda: los remedios del incumplimiento», *ADC*, tomo LXIV- IV, p. 1490.

¹⁰³ MORALES MORENO, A.M. (2010), *Incumplimiento del contrato...*, ob. cit., p. 189.

precio percibido para cubrir el riesgo de la indemnización por incumplimiento. La resolución, aunque priva al deudor, obligado a indemnizar, del derecho a obtener la contraprestación, no le impide reducir la indemnización en la cuantía del precio recuperado por el acreedor; o, dicho de otro modo, el precio recuperado por el acreedor insatisfecho se descuenta de la indemnización. El efecto económico de ese descuento es equivalente al que se hubiera producido si el deudor hubiera obtenido el precio que cobró por garantizar la satisfacción del interés del acreedor»¹⁰⁴.

En algunas ocasiones puede ocurrir que no se satisface el interés de alguna de las partes, no porque se haya producido el incumplimiento del contrato por la otra parte del mismo, sino porque se produzca la alteración extraordinaria de las circunstancias del contrato, resultando de interés conocer qué establece la PMCC sobre esta materia.

3.3. LA ALTERACIÓN EXTRAORDINARIA DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CONTRATO Y LOS RIESGOS

En materia de distribución de riesgos contractuales, el art. 1.213 de la PMCC¹⁰⁵, titulado «De la alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato», es novedoso y trascendental. Constituye una novedad dado que el Código Civil de 1889 no contempló ninguna disposición general sobre revisión o resolución del contrato por alteración sobrevenida de las circunstancias ni tampoco incorporó la cláusula *rebus sic stantibus*, de origen canónico, por la que pueden surgir circunstancias posteriores a la celebración del contrato que justifiquen el incumplimiento del deudor perjudicado por ellas. El Código Civil siguió el modelo del *Code Civil* francés de 1804, que había rechazado la doctrina de la imprevisión¹⁰⁶. Consecuentemente, se observa el rechazo de

¹⁰⁴ MORALES MORENO, A.M. (2010), *Incumplimiento del contrato...*, ob. cit., p. 190.

¹⁰⁵ Art. 1.213 PMCC. «Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieren cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que ésta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato, el contratante al que, atendidas las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal de riesgos, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, podrá pretender su revisión, y si ésta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquél pedir su resolución. La pretensión de resolución sólo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato».

¹⁰⁶ Se puede ampliar sobre esta materia con el resumen comparado sobre la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* en Aziz T. SALIBA (2001), «Rebus sic stantibus: A Comparative Survey», E Law / Murdoch University Electronic Journal of Law, vol. 8, nº 3, September.

la jurisprudencia francesa a la utilización de la cláusula *rebus sic stantibus*, prueba de su respeto por el contrato según las palabras de RIPERT: «*La résistance de la jurisprudence française à la théorie de l'imprévision est une preuve certaine de son respect pour le contract*»¹⁰⁷. Según RIPERT, la cláusula parecía en el Derecho civil un peligro para un orden estable y el Código Civil francés no hace ninguna alusión a la Teoría de la imprevisión, en sus palabras: «*La clause parut au contraire, en droit civil, un danger pour un ordre stable, et le Code Civil ne fait aucune allusion à la théorie de l'imprévision*»¹⁰⁸.

Tampoco el *Bürgerliches Gesetzbuch* alemán de 1896 contemplaría con carácter general la doctrina de la cláusula, que en la época se consideraba contraria al *pacta sunt servanda*, principio general de vinculación de los contratos¹⁰⁹. Con posterioridad, el Tribunal Supremo recuperó la doctrina de la cláusula *rebus*, aunque con carácter muy excepcional, «por razones de equidad, pero de forma muy estricta»¹¹⁰. Se ha considerado por el Tribunal que la cláusula *rebus* es un remedio extrajudicial, de última instancia, admisible sólo en casos de cambios extraordinarios, imprevisibles y generadores de un desequilibrio causal exorbitante.

Como ilustra el profesor DÍEZ-PICAZO, en relación a la cláusula *rebus sic stantibus*, «el origen de esta figura se encuentra probablemente en los trabajos de los post-glosadores a quienes se debe la formulación del siguiente brocardo: *contractus qui habent tractus successivus vel dependencia de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*». Con arreglo a dicha formulación, se entiende que existe una voluntad implícita de los contratantes en todos los contratos que tienen tracto sucesivo o que se ejecutan con posterioridad a su perfección, que subordina su continuación al mantenimiento del *statu quo*. En este sentido, se dice que existe una cláusula no explícita conforme a la cual el contrato obliga mientras las cosas continúen así (*rebus sic stantibus*), es decir, siempre

¹⁰⁷ RIPERT, G. (1948), *Le Régime Démocratique et le Droit Civil Moderne*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, p. 286.

¹⁰⁸ PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, *Traité pratique de droit civil*, t. VI, pp. 391 et s.; RIPERT, Georges et BOULANGER, *Traité élémentaire de droit civil de Planiol*, t. II, pp. 460 et s.

¹⁰⁹ SALVADOR CODERCH, P. (2011), *Estudio doctrinal. Alteración de circunstancias en el art. 1.213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos*, Boletín del Ministerios de Justicia, año LXV, nº 2130, pp. 3 y ss.

¹¹⁰ QUICIOS MOLINA, S. (2009), en «La ineficacia contractual», en BERCOVITZ y RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), *Tratado de Contratos*, Tomo I, Tirant lo Blanc, Valencia.

que se mantengan las mismas circunstancias existentes en el momento en el que se perfeccionó¹¹¹.

Como consecuencia de la crisis económica que comenzó a manifestarse a partir de 2007 en España la cláusula *rebus sic stantibus* ha generado gran interés por parte de los operadores jurídicos, de la doctrina y de la jurisprudencia. Según DEL OLMO GARCÍA, «la conexión entre la figura de la cláusula *rebus* y la renegociación de los contratos es evidente en los textos legales de distintos sistemas, en el llamado *soft law* y en el Derecho que se proyecta para nuestro país. Por ejemplo, esa conexión está muy clara en los *Principios de Derecho Europeo de los Contratos*, en los que se puede comprobar que la primera consecuencia jurídica de la aparición de circunstancias sobrevenidas que destruyen las condiciones del intercambio es, precisamente, la apertura de una fase de renegociación del contrato»¹¹². ORDUÑA MORENO y MARTÍNEZ VELENCOSO también han realizado aportaciones en la materia sobre la conexión existente entre la cláusula *rebus* y la renegociación de los contratos¹¹³.

Según VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ «la alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales conduce a la pugna entre el principio básico de nuestro ordenamiento de la obligatoriedad de los contratos o de fidelidad a lo pactado (principio *pacta sunt servanda*) y la necesidad de modificar o adaptar el contrato a las nuevas circunstancias para restablecer el equilibrio de las prestaciones que se ha roto como consecuencia de ese cambio sobrevenido o, en su caso, resolverlo»¹¹⁴. Según CASTILLA BAREA, cuando esa alteración es de gran entidad y difícilmente previsible, de tal forma que nada tienen que ver el contexto en el que había de procurarse el cumplimiento cuando la obligación se contrajo y el realmente existente al tiempo de

¹¹¹ DÍEZ-PICAZO, Luis (1996), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias*, Civitas, Madrid, p. 888.

¹¹² DEL OLMO GARCÍA, P. (2016), «La cláusula «rebus», la renegociación de los contratos y la intimidación/vicio: tres lados de un triángulo», en HORNERO MÉNDEZ, C., ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. y OLIVA BLÁZQUEZ, F. (Dir.), *Derecho de Contratos: Nuevos Escenarios y Nuevas Propuestas*, Aranzadi, Cizur menor (Navarra), pp. 421 y 422.

¹¹³ ORDUÑA MORENO, F.J. y MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M. (2013), *La moderna configuración de la cláusula rebus sic stantibus*, Civitas, Madrid, pp. 201 y ss.

¹¹⁴ VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L. (2015), «El «vaivén» de la moderna jurisprudencia sobre la cláusula *rebus sic stantibus*», *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 4, octubre-diciembre, pp. 65-94.

cumplir, parece ciertamente injusto mantener a ultranza el contrato en sus términos originarios¹¹⁵.

La regulación del art. 1.213 PMCC es tan novedosa ya que no se había incluido nunca antes dentro de la normativa civil pautas sobre la renegociación contractual. La renegociación contractual es preferible a la resolución del contrato en situaciones de conflicto. En el contenido de este artículo y en lo referente a la pretensión de renegociación de los contratos influye el art. 6.2.3 de los Principios de Unidroit sobre contratos mercantiles internacionales (*Unidroit Principles of International Commercial Contracts, PICC: Effects of Harship*) por el que en «caso de excesiva onerosidad (*hardship*), la parte en desventaja puede reclamar (sin demora injustificada y con indicación de los fundamentos en que se basa) la renegociación del contrato». El reconocimiento de una pretensión de renegociación es congruente con el respeto al principio de la buena fe, contemplado en el art. 1.243 PMCC. Además, es preciso tener en cuenta que «la negativa injustificada de una de las partes a renegociar el contrato violaría el principio de buena fe contractual»¹¹⁶.

Los supuestos de hecho que justifican la revisión del contrato, de conformidad con el art. 1.213 PMCC, son un cambio «de forma extraordinaria e imprevisible» de las circunstancias durante la ejecución del contrato, que tenga como consecuencia dos escenarios alternativos, o bien, haya hecho la ejecución del contrato excesivamente onerosa para una de las partes, o bien, se haya frustrado el fin del contrato. La primera alternativa tiene una clara influencia del *Codice Civile* italiano de 1942 cuando afirma que: «En los contratos de ejecución continuada o periódica y en los de ejecución diferida, si las prestaciones de una de las partes han devenido excesivamente onerosas por la verificación de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles (...)»». La segunda alternativa proviene de la doctrina de la *frustration* del *Common Law*¹¹⁷. La

¹¹⁵ CASTILLA BAREA, Margarita (2009), «La doctrina de la cláusula rebus sic stantibus», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.), Tratado de contratos, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 1057.

¹¹⁶ SALVADOR CODERCH, P. (2011), *Estudio doctrinal. Alteración de circunstancias en el art. 1.213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos*, Boletín del Ministerios de Justicia, año LXV, nº 2130, p. 7.

¹¹⁷ Véase TREITEL, G. H. (1994). La expresión “*Frustration*” tiene cuatro usos: 1) *Frustration of contract* “refers to the whole doctrine of discharge by supervening events irrespective of the type of event which brings about discharge” (p. 57, nº 2-045); 2) *Frustration of the adventure* “refers to (...) to one particular cause of discharge (...) most commonly to cases in which performance has not become permanently impossible” (pp. 58-59, nº 2-046); 3) *Frustration of purpose* refers “to cases in which there

excesiva onerosidad o *hardship*, afecta a una de las partes, perjudicándola, aunque no se precisa que beneficie además a la otra parte¹¹⁸. El art. 6.2.2 de los Principios de Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2004, definen la excesiva onerosidad del siguiente modo: «Hay “excesiva onerosidad” (*hardship*) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y:

- (a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato;
- (b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato;
- (c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y
- (d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja».

Es importante la alusión al hecho de que el riesgo no fue asumido por la parte en desventaja, habida cuenta de que si ese riesgo formaba parte de la distribución de los riesgos y debía según el contrato ser asumido por la parte perjudicada no ha lugar a que ésta pretenda una revisión o renegociación del contrato.

La frustración del fin, segunda alternativa del art. 1.213 PMCC, se puede relacionar con la doctrina española sobre la influencia de la causa del negocio, caracterizándose por tener un perfil objetivo por el que el contrato ha quedado privado de la base o fundamento y, por ello, no puede alcanzar su fin. La regulación del art. 1.213 PMCC tiene una clara referencia a la doctrina alemana de la base del negocio, *Geschäftsgrundlage*, regulada en el §313.1 del Código Civil alemán (BGB)¹¹⁹, tras la

is no ‘impossibility’, even of temporary nature, in rendering the performance promised by each party: for example, to cases such as the coronation cases (p. 59, n° 2047); 4) Frustrating breach “refers to the type of breach which is sufficiently serious to justify the victim’s rescission of the contract, in the sense that it gives the victim the option of refusing, o account of the breach, to perform his own part, and to accept further performance from the party in breach (pp. 60-61, n° 2-49).

¹¹⁸ SALVADOR CODERCH, P. (2011), *Estudio doctrinal. Alteración de circunstancias en el art. 1.213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil...*, ob. cit., p. 24.

¹¹⁹ De conformidad con el §313.1 BGB: «Si las circunstancias en que consistió la base del contrato se modifican sustancialmente después de su celebración y las partes no habrían celebrado el contrato o lo habrían celebrado de otro modo de haber previsto tal alteración, puede exigirse una adecuación del contrato, en la medida en que, consideradas todas las circunstancias del caso concreto y, en particular, la distribución contractual o legal de los riesgos, la sujeción al contrato originario no sea exigible a una de las partes».

reforma de 2002, que establece «Si las circunstancias en que consistió la base del contrato se modifican sustancialmente después de su celebración»¹²⁰, con un paralelismo considerable con el comienzo del art. 1.213 PMCC «Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieren cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución».

La referencia a la inexigibilidad del contrato originario (*Unzumutbarkeit*) en el BGB y en la PMCC, dadas las circunstancias y, en particular, la distribución contractual o legal de los riesgos (*vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung*) manifiestan la fuerte influencia de la doctrina alemana en el art. 1.213 PMCC. Si se acepta esta regulación de la PMCC, basada en «la positivación alemana de la base del negocio incrementaría las diferencias del nuevo derecho español con la doctrina de la cláusula *rebus*»¹²¹. La doctrina de la revisabilidad de los contratos no la considera como una posibilidad extraña y estrictamente excepcional al sistema, como la aplicación anterior de la cláusula *rebus sic stantibus*, sino como una alternativa a la resolución del contrato, una renegociación dentro de la contratación ante cambios o alteraciones en las circunstancias esenciales del contrato. La aplicación de la doctrina de la base del negocio requiere que concurran cinco elementos:

- «1) Cambio o alteración de determinadas circunstancias posterior a la celebración del contrato;
- 2) tales circunstancias integraron la base o fundamento del contrato;
- 3) las partes no previeron la alteración;
- 4) hipotéticamente, las partes no habrían celebrado el contrato de haber previsto el cambio de circunstancias; y
- 5) la alteración es esencial, de forma que la ejecución del contrato originario no es exigible a una de las partes, dadas las circunstancias del caso concreto y, en particular, la distribución contractual o legal de los riesgos»¹²².

¹²⁰ SCHULZE R. (2003), «Comentario al parágrafo 313 BGB», en SCHULZE, DÖRNER, EBERT, ECKERT, HOEREN, KEMPER, SAENGER, SCHULTE-NÖLKE y STAUDINGER, *BGB. Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar*, 3. Auflage, Nomos, Baden-Baden.

¹²¹ SALVADOR CODERCH, P. (2011), *Estudio doctrinal. Alteración de circunstancias en el art. 1.213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil...*, ob. cit., p. 27.

¹²² ROTH, H. (2007), «Comentario al parágrafo 313 BGB», en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil* (Redakteur: KRÜGER, Wolfgang), 5. Auflage, Beck, München, p. 1751.

La asignación del riesgo del cambio de circunstancias es el punto clave de toda la doctrina de revisabilidad de los contratos. Desde el análisis económico del Derecho, MICELI afirma que: «la aparición de una contingencia no prevista en el contrato puede reducir el valor de su cumplimiento para el acreedor o incrementar el de su coste para el deudor»¹²³. La atribución de una mayor o menor relevancia jurídica a una alteración sobrevenida de las circunstancias, concediendo al deudor perjudicado por tal cambio una pretensión de revisión o resolución del contrato, produce un efecto equivalente, pero inverso, de reducción de la intensidad de los remedios al incumplimiento puestos a disposición del acreedor. De algún modo, la revisión del contrato del deudor, el contratista en el contrato de obra, puede tener un impacto significativo contrapuesto en los remedios al incumplimiento que puede ejercitar el acreedor, el comitente o dueño de la obra.

Se puede plantear cuál debe ser la magnitud o extensión de la consecuencia reestructuradora del contrato para su adaptación a las nuevas circunstancias. JUÁREZ TORREJÓN¹²⁴ establece que pueden plantearse dos modelos:

- 1) En primer lugar, modificar el contrato para adoptarlo a unos términos similares a los que las partes hubieran llegado de haber podido prever razonablemente (de haber sido objeto de distribución del riesgo) el suceso que ahora aconseja la modificación¹²⁵.
- 2) En segundo lugar, modificar el contrato hasta que la desproporción que justifica la adaptación del mismo deje de ser excesiva, sin reequilibrar el contrato, sino limitándose a hacer desaparecer de la economía contractual, a

¹²³ MICELI, T. J. (1997), *Economics of the Law. Torts, Contracts, Property, Litigation*, Oxford University Press, Oxford, p.114. Posteriormente sintetizada en MICELI, T. J. (2005), *The Economic Approach to Law*, 2nd ed., Stanford Economics and Finance, Stanford, pp. 107 y ss.

¹²⁴ JUÁREZ TORREJÓN, A. (2016), «Autonomía de la voluntad, derecho dispositivo, y distribución del riesgo contractual», en HORNERO MÉNDEZ, C., ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. y OLIVA BLÁZQUEZ, F. (Dir.), *Derecho de contratos: nuevos escenarios y nuevas propuestas*, Aranzadi, Cizur menor (Navarra), p. 358.

¹²⁵ Parece ser que es la solución adoptada por los PECL y en el DCFR. También es la solución elegida por la Comisión General de Codificación en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos.

través de esa modificación, la *gravedad* de las consecuencias que la justifican¹²⁶.

Como se puede deducir de este análisis de la Propuesta de Modernización del Código Civil, su aprobación constituye un avance crucial del Derecho civil español y la entrada de España en el nuevo derecho de obligaciones y contratos, que le permitirá ser partícipe en la armonización del Derecho Civil Europeo. Dicho proceso de armonización hará posible la creación de un Código Civil Europeo en el futuro.

¹²⁶ Es la solución a la que se ha llegado en el Derecho italiano.

Capítulo II

LA TEORÍA GENERAL DEL RIESGO CONTRACTUAL Y LA TRANSMISIÓN DE RIESGOS EN EL CONTRATO DE OBRAS EN EL CÓDIGO CIVIL Y LA LEY DE ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN

Comentado el contenido del contrato de obra en el Capítulo I de la presente tesis doctoral, es el momento de mencionar los riesgos en el contrato de compraventa internacional y, posteriormente, sobre la base de las obligaciones de las partes y su influencia en materia de los riesgos cómo se regula en el Derecho español la transmisión de los riesgos en el contrato de obra por el Código Civil y la Ley de Ordenación de la Edificación.

1. LA TEORÍA GENERAL DEL RIESGO CONTRACTUAL Y LA TRANSMISIÓN DE LOS RIESGOS EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL EN EL DEBATE DOCTRINAL INTERNACIONAL

Los riesgos constituyen una materia tratada en el Derecho civil clásico para cuyo análisis conviene comenzar por *le Traité de Droit civil d'après le Traité de Planiol*, de RIPERT y BOULANGER y la *Théorie des risques* (Teoría de Riesgos), quienes establecen que: «la cuestión de los riesgos en el contrato sinalagmático se plantea de la siguiente forma: ¿si una de las partes no puede cumplir su obligación porque se ha impedido por caso fortuito y de fuerza mayor, la otra parte debe cumplir la suya? La palabra *riesgos* es tomada aquí en un sentido particular. Designa el «*riesgo del contrato*». El contrato no puede producir completamente su efecto. ¿Quién va a soportar las consecuencias de la imposibilidad del cumplimiento?»¹²⁷. Este riesgo es «*le risque du contrat*». Pero, como afirman RIPERT y BOULANGER, cuando se trata de una

¹²⁷ RIPERT, G. et BOULANGER, J. (1957), *Traité de Droit civil d'après le Traité de Planiol*, t. II, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, p. 193.

obligación de entrega o «*une obligation de livrer*», la imposibilidad del cumplimiento consiste casi siempre en la pérdida fortuita de la cosa debida, «*la perte fortuite de la chose due*». Esta pérdida fortuita constituye el riesgo de la cosa, en palabras de RIPERT, «*le risque de la chose*». La palabra «*riesgo*» tiene, de este modo, un doble sentido y el debate sobre la materia se ha visto perjudicado por su utilización sin la necesaria precisión.

La transmisión de los riesgos constituye una cuestión crucial sobre la que están debatiendo los juristas internacionales, por cuanto resulta interesante comenzar el análisis de las contribuciones de la doctrina internacional en la transmisión de los riesgos en el contrato de compraventa internacional, por su relevancia en el comercio internacional, con la finalidad de avanzar hacia un auténtico Sistema de distribución de riesgos internacional. Las reglas de la transmisión del riesgo tienen su origen en el Derecho Romano¹²⁸ y son parte de las legislaciones nacionales de la mayoría de países. Como afirma la doctrina, los Derechos nacionales no sólo son inapropiados, porque en palabras de BONELL: «*rispecchiano in genere una visione ormai superata, per non dire idilliaca della realtà económico-sociale*»¹²⁹, sino también porque según Francisco OLIVA BLÁZQUEZ, «*desde un punto de vista jurídico, los criterios que emplean para determinar el momento de la transmisión del riesgo resultan bastante imperfectos*». En el derecho comparado resulta común vincular la transferencia de los riesgos al cumplimiento de un evento en la vida del contrato: 1) la conclusión del contrato, 2) la transmisión de la propiedad o 3) la entrega de las mercaderías. Sin embargo, *ninguno de los criterios resulta satisfactorio para la compraventa internacional*¹³⁰.

1) El criterio de la conclusión del contrato recogido en varios ordenamientos jurídicos es el reflejo de la regla romana *periculum est emptoris*, el riesgo del comprador. En la doctrina española, la mayoría de la doctrina opina que el art. 1452 del Código Civil¹³¹ establece que el riesgo se transmite al comprador desde el momento de

¹²⁸ ZIMMERMANN, R. (1996), *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, Oxford, pp. 281-292.

¹²⁹ BONELL, M. J. (1976) *Le Regole Oggettive del Commercio Internazionale. Clausole Tipiche e Condizioni Generali*, Giuffrè Editore, Milano, pp. 8 y 9.

¹³⁰ OLIVA BLÁZQUEZ, F. (2000) *La Transmisión del Riesgo en la Compraventa Internacional de Mercaderías...*, ob. cit., pp. 26 y ss.

¹³¹ Art. 1452 CC: «El daño o provecho de la cosa vendida, después de perfeccionado el contrato, se regulará por lo dispuesto en los artículos 1.096 y 1.182.

la conclusión del contrato. Esta posición defiende que el art. 1452 CC consagra la máxima *periculum est emptoris* porque los antecedentes históricos del 1452 siempre han confirmado ese principio y desde la premisa de que, si el acreedor tiene a su disposición todos los *commoda obligationis* desde que surge la obligación de entrega, debe ser igualmente gravado con las cargas. Otros autores se oponen a aceptar la regla *periculum est emptoris* en su integridad, y realizan como propuesta alternativa: la regla sólo debe aplicarse a los casos de menoscabo o deterioro de la cosa, no a los de pérdida o destrucción total (*interitus rei*)¹³². Un clara descripción de la situación en la doctrina española en esta materia puede encontrarse en la obra del profesor Ángel M. LÓPEZ Y LÓPEZ¹³³.

El criterio de la conclusión del contrato para la transmisión del riesgo al comprador no resulta adecuado en el contrato de compraventa internacional porque no tiene en consideración qué parte del contrato tiene el control sobre las mercaderías. En la compleja realidad de la compraventa internacional, en la que se realizan compraventas por internet con partes contractuales de distintos países, las mercaderías no están a disposición inmediata del comprador. Por este motivo es obsoleto cargar al comprador con el riesgo de pérdida o deterioro fortuito dado que no tiene el control de las mercaderías. En el contrato de obra tampoco resulta apropiado este criterio puesto que el constructor tiene que cumplir con su obligación de ejecutar la obra, asumiendo el riesgo de pérdida o deterioro fortuito hasta el momento en el que el control de la estructura se ha transmitido. Además, el criterio de la conclusión del contrato entra en confrontación con la regulación del art. IV.C.-3:108 DCFR (Risks)¹³⁴, de la definición del «momento relevante» (*relevant time*) que el DCFR recoge en el apartado 2 del anteriormente citado artículo. El momento relevante según el DCFR se produce:

Esta regla se aplicará a la venta de cosas fungibles hecha aisladamente y por un sólo precio, o sin consideración a su peso, número o medida.

Si las cosas fungibles se vendieren por un precio fijado con relación al peso, número o medida, no se imputará el riesgo al comprador hasta que se hayan pesado, contado o medido, a no ser que éste se haya constituido en mora».

¹³² DÍEZ – PICAZO, L. (1972), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Volumen Primero, Tecnos, Madrid, p. 855.

¹³³ LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M. (1993), *Artículo 1452*, en *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 895-898.

¹³⁴ STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE and RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, p. 826.

- (a) cuando el control de la estructura se debe transferir al cliente, el momento en que dicho control ha sido, o debería haber sido, transferido de acuerdo con IV.C.- 3: 106 (Entrega de la estructura);
- (b) en otros casos, el momento en que el trabajo se ha completado y el constructor lo ha informado al cliente.

Este criterio del momento relevante del DCFR sí constituye un criterio acertado para establecer el momento exacto de la transmisión de los riesgos en el contrato de obra.

2) El criterio de la propiedad otorga los riesgos a la parte contractual que tiene la titularidad dominical de las mercaderías. En este caso la transmisión del riesgo también se produce con la conclusión del contrato, acto que otorga la propiedad del objeto al comprador (Sistema traslativo consensual). Este sistema ha sido adoptado por muchos ordenamientos, como el francés, el italiano o el inglés¹³⁵. La Convención de Viena ha rechazado la utilización de este criterio por sendas razones entre las que se encuentra que no se adecua a las exigencias del moderno tráfico internacional de mercaderías y que los riesgos deben plantearse en un plano obligacional y no jurídico-real.

3) El criterio de la entrega utilizado por el Derecho alemán (en el BGB bajo el término *Übergabeprinzip*), y los Códigos Civiles griego, austriaco y argentino. Este criterio ha sido muy controvertido por ser considerado un concepto abstracto y generar problemas de equiparación terminológica en la armonización jurídica, *verbi gratia*, no hay un término inglés¹³⁶ equivalente al término francés *délivrance*, cuestión que ha sido objeto de análisis por la doctrina, en particular la relación de este término con el inglés *delivery*¹³⁷.

El problema de fondo no era la inexistencia de un término unificador sino la inadecuación del planteamiento metodológico y la necesaria sustitución de la técnica legislativa. La aproximación tipológica, *typological approach*, es la nueva técnica

¹³⁵ Este sistema ha sido adoptado por el ordenamiento francés (artículos 1138 y 1538 *Code Civil*), el italiano (1376 y 1465.1 *Codice Civile*) o el inglés (*The Sales of Goods Act*, 1893, sect. 20) según OLIVA BLÁZQUEZ, F. (2000) *La Transmisión del Riesgo en la Compraventa Internacional de Mercaderías...*, ob. cit., pp. 30 y ss.

¹³⁶ ROTH, P. M. (1979) «The passing of Risk», *The American Journal of Comparative Law*, p. 295.

¹³⁷ BERMAN, H. J. y KAUFMAN, C. (1978), «The Law of International Commercial Transactions (Lex Mercatoria)», *Harvard International Law Journal*, p. 266.

utilizada por la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías¹³⁸, consistente en determinar el paso del riesgo en cada una de las distintas situaciones del comercio internacional. En lugar de establecer un único criterio de atribución de riesgos, la Convención de Viena describe los supuestos más frecuentes del tráfico mercantil y, seguidamente, determina en cada supuesto el momento exacto de la transmisión del riesgo, es decir, el momento en que el comprador comienza a asumir el riesgo¹³⁹. Esta nueva técnica metodológica constituye una importante contribución a la transmisión de los riesgos.

2. LA TRANSMISIÓN DE RIESGOS EN EL CONTRATO DE OBRAS EN EL CÓDIGO CIVIL Y LA LEY DE ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN

El Código Civil español regula la transmisión de los riesgos de pérdida fortuita de la obra antes de ser entregada en los arts. 1589 y 1590 CC¹⁴⁰. Estos artículos «tratan de determinar quién asumirá la pérdida de la obra y del trabajo realizado y qué ocurre con las prestaciones de ejecutar la obra y de pagar el precio cuando, antes de que la obra sea entregada al comitente, ésta se destruye sin culpa del contratista»¹⁴¹. La pérdida de la obra también abarca los supuestos en los que la pérdida no es total sino parcial o se ha producido solamente un deterioro de la obra (STS 3 mayo 1993 [RJ 1993, 3400]).

Los citados artículos regulan las dos formas de contratar una obra que contempla el art. 1588 CC: con suministro de materiales por el contratista o solo su trabajo o

¹³⁸ España se sumó al conjunto de países que han ratificado la Convención de Viena, entrando en vigor ésta en nuestro país el 1 de agosto de 1991.

¹³⁹ OLIVA BLÁZQUEZ, F. (2000) *La Transmisión del Riesgo en la Compraventa Internacional de Mercaderías...*, ob. cit., p. 39.

¹⁴⁰ Los dos artículos centrales de la regulación de los riesgos en el contrato de obra en el Código Civil son los siguientes:

Art. 1589 CC: «Si el que contrató la obra se obligó a poner el material, debe sufrir la pérdida en el caso de destruirse la obra antes de ser entregada, salvo si hubiese habido morosidad en recibirla».

Art. 1590 CC: «El que se ha obligado a poner sólo su trabajo o industria, no puede reclamar ningún estipendio si se destruye la obra antes de haber sido entregada, a no ser que haya habido morosidad para recibirla, o que la destrucción haya provenido de la mala calidad de los materiales, con tal que haya advertido oportunamente esta circunstancia al dueño».

¹⁴¹ ESTRUCH ESTRUCH, J., en CAÑIZARES LASO, A. y DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J., VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (Dirs.) et al. (2016), *Código Civil Comentado*, ob. cit., p. 479.

industria. Según CLEMENTE DE DIEGO, hay que distinguir antes y después de recibida la obra, «Primer caso: antes de entregada la obra. Se distinguen dos hipótesis: a) si el contratista suministró, además de su trabajo, el material, la pérdida de la cosa corre a cargo de él, a no ser que hubiera morosidad en recibirla por parte del comitente»¹⁴². En la segunda modalidad de obra, afirma este autor «b) Si el contratista solo puso el trabajo, resulta que el comitente o arrendatario permanece propietario de la materia, y el artífice queda propietario de su trabajo, por lo que la pérdida lo soportan los dos»¹⁴³. No obstante, discrepamos de que sea una cuestión de «propiedad» la determinante para distribuir los riesgos, sino que el contratista no podrá entregar la obra al comitente y, consecuentemente, no podrá exigirle el precio convenido.

En el art. 1589 CC se regula el traspaso de los riesgos en el contrato de obra cuando los materiales son suministrados por el obligado a ejecutar la obra, que no percibirá ningún estipendio por la actividad realizada (asume una obligación de resultado), pero si puso además el material, lo perderá. Según MARTÍNEZ ESCRIBANO: «si la cosa objeto de la obra es un bien mueble, quien ejecuta la obra es propietario de la cosa hasta el momento de la entrega, por tanto, resulta comprensible que sufra la pérdida. En los bienes inmuebles, si el solar sobre el que se construye fuera propiedad del contratista se aplicaría el mismo razonamiento que para los bienes muebles. Sin embargo, lo habitual es que se construya sobre un solar que pertenece al dueño de la obra pero con materiales aportados por el contratista»¹⁴⁴. «Se cuestiona que, a medida que la obra se va construyendo, los materiales que se unen al suelo se conviertan en propiedad de comitente por accesión. En realidad, podría entenderse simplemente que como el contratista asume una obligación de resultado, en tanto éste no se cumple debe correr con el riesgo, que se traslada al comitente en el momento en que la obra se pone a su disposición, incluso si éste no la acepta y recibe, porque en tal caso incurriría en mora»¹⁴⁵.

¹⁴² CLEMENTE DE DIEGO, F. (1959), *Instituciones de Derecho Civil Español*, Tomo II, Derecho de Obligaciones. Contratos. Derecho de familia, Artes Gráficas Julio San Martín, Madrid, p. 324.

¹⁴³ CLEMENTE DE DIEGO, F. (1959), *ibid.*, p. 325.

¹⁴⁴ MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2010), en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (Dir.), INFANTE RUIZ, F. J., OLIVA BLÁZQUEZ, F. et al., *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, Valladolid, p. 1.733.

¹⁴⁵ LUCAS FERNÁNDEZ, F. (1986), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales, Artículos 1583 a 1603 del Código Civil*, Edersa, tomo XX, vol. 2, Madrid, p. 266 en MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2010), en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (Dir.), INFANTE RUIZ, F. J., OLIVA BLÁZQUEZ, F. et al., *Comentarios...*, *ob.cit.*, p. 1.733.

Por consiguiente, en ambos casos (con o sin suministro de materiales) se aplica la misma regla general, el riesgo de perecimiento de la obra antes de ser entregada lo sufrirá el contratista. La diferencia estriba en que el contratista pierde más en el supuesto en el que además de poner su trabajo se obligó a poner el material. No obstante, a esta regla general pueden ser de aplicación dos excepciones. Por una parte, el art. 1589 CC establece la excepción de la existencia de mora en la recepción de la obra por el comitente o en el cumplimiento de sus deberes de colaboración (*mora accipiendi*). Por otra parte, el art. 1590 CC añade una segunda excepción, en el supuesto de destrucción de la obra por mala calidad de los materiales aportados por el comitente y advertido esto por el contratista al dueño de la obra. En estas dos excepciones, se produce la transmisión del riesgo de pérdida fortuita de la obra al comitente o dueño de la obra.

CLEMENTE DE DIEGO, establece «Segundo caso: después de recibida la obra. En la construcción o formación de las cosas en general, la aceptación y formal recibimiento de la obra implican aprobación de la misma y presunción legal de que está bien hecha y responde a los deseos del comitente»¹⁴⁶. El contratista se libera del riesgo de perecimiento de la cosa mediante la entrega con carácter general, pero en las obras de edificios no será completamente, debido a que responderá de la posterior ruina debida a los vicios en la construcción durante el plazo de garantía establecido.

Centrándonos en la última excepción, puesto que la mora la trataremos posteriormente, como perito, el contratista asume la carga de la verificación de que los materiales aportados por el comitente son adecuados (en lo referente a la calidad requerida por la obra contratada y a la ausencia de vicios), advirtiéndolo también al comitente de las irregularidades que aprecie. En esta última carga, sin embargo, deberá ponderarse la condición profesional del comitente y su buena fe (el riesgo será suyo si conoce la mala calidad de los materiales que aporta, aunque no sea advertido de ello por el contratista). En todo caso, y según el art. 1484 *in fine* CC, el riesgo cesa para el contratista cuando la obra se pierde por la existencia de defectos ocultos en los materiales aportados por el comitente siempre que tales defectos no pudieran ser apreciados aplicando toda la pericia. Conforme a esto, el riesgo de pérdida fortuita no es

¹⁴⁶ CLEMENTE DE DIEGO, F. (1959), *Instituciones de Derecho Civil Español...*, ob. cit., p. 325.

del contratista, por lo que éste deberá ser reembolsado por los materiales y el trabajo perdido. Puesto que todo el riesgo es del comitente, el reembolso comprenderá el coste real de lo perdido (no se aplica aquí la regla de proporcionalidad con el precio convenido del art. 1595 CC) más el beneficio industrial, aunque no la indemnización por los eventuales daños y perjuicios causados al contratista porque la pérdida es fortuita y, por consiguiente, no imputable al comitente¹⁴⁷.

El motivo generalmente aceptado de la regla general de que el riesgo de perecimiento de la obra antes de ser entregada lo sufre el contratista, referido al caso en que el arrendador haya puesto el material, según MANRESA Y NAVARRO, es «la semejanza con la compra y venta y la analogía que la situación del arrendador tiene con el vendedor. El vendedor es dueño de la cosa hasta que la entrega y hasta ese momento soporta los casos fortuitos: a mayor abundamiento, como afirma LAURENT, el arrendador es deudor, ordinariamente de una cosa indeterminada. Para que los riesgos dejen de estar a cargo del arrendador es menester que la cosa haya sido entregada y aceptada por el arrendatario»¹⁴⁸.

Además de la semejanza con la compraventa que señalaba MANRESA Y NAVARRO, cabe preguntarse ¿cuál es el razonamiento jurídico por el que en el supuesto de pérdida fortuita de la obra antes de la entrega, salvo pacto en contrario, siempre asume el riesgo el contratista? La respuesta proviene de la naturaleza misma del contrato y de las obligaciones asumidas por las partes que lo integran, esto es, la esencia del contrato de obra es la obtención de un resultado (*opus consumatum et perfectum*). El contratista se obliga a entregar un resultado al comitente, no al desarrollo de una mera actividad, sino a la entrega de un resultado pactado, debido a la configuración en todo contrato de obra de una obligación de hacer de resultado (no de medios) como núcleo esencial del mismo. Solo cuando el contratista obtenga el resultado al que se comprometió alcanzar y esté en condiciones de entregarlo al comitente habrá cumplido con sus obligaciones contractuales y podrá exigir el pago del precio (por trabajo realizado, incluidos también los materiales en caso de que éste los suministrase). Pero si por cualquier razón, incluido el caso fortuito o fuerza mayor, el contratista no está en

¹⁴⁷ CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M. del C. (2005), *Derecho de la construcción y la vivienda*, Dilex, Madrid, p. 336.

¹⁴⁸ MANRESA Y NAVARRO, J. M. (1969), *Comentarios al Código Civil Español*, Artículos 1542-1603, Tomo X, vol. II, Instituto Editorial Reus, Madrid, pp. 705 y 706.

disposición de entregar al comitente la obra a la que se obligó no podrá exigir el pago del precio debido a la naturaleza sinalagmática del contrato de obras, quien no está en disposición de cumplir sus obligaciones no puede exigir que la parte contraria cumpla las suyas.

RIPERT y BOULANGER ya formularon: «*Lorsqu'un cas fortuit rend impossible l'exécution de l'obligation de l'une des parties, l'obligation de l'autre s'éteint en même temps et nécessairement*»¹⁴⁹. Debido a la interdependencia de las obligaciones, RIPERT y BOULANGER describen que: «*On ne peut réclamer la prestation que l'on s'était fait promettre, dès lors que l'on ne peut pas fournir celle que l'on avait promise*»¹⁵⁰. En un contrato sinalagmático, en definitiva, según RIPERT y BOULANGER «*les risques résultant de l'impossibilité d'exécution d'une des obligations sont à la charge du créancier de l'obligation corrélative*»¹⁵¹.

El concepto de «fuerza mayor» se ha debatido desde los glosadores, destacando en su configuración el concepto de EXNER, que en su teoría objetiva ha caracterizado la fuerza mayor como «1.º) un suceso que se ha originado fuera del círculo industrial de una Empresa y ha causado daño dentro de ella; y 2.º) que por la clase e importancia de su manifestación, excede visiblemente de los acontecimientos tenidos en cuenta en el curso normal de la vida»¹⁵². La fuerza mayor produce como efecto la liberación del deudor, pero para que así sea, se requiere que se den las circunstancias específicas de la misma que, según CLEMENTE DE DIEGO, son «ser hecho independiente del deudor, imposible de prever, o por lo menos de evitar, que tuvo por consecuencia necesaria la imposibilidad de cumplir la obligación. *Casus nemo proestatur* es la regla general, que tiene sus excepciones: 1.ª, pacto en contrario y 2.ª, disposición de la Ley»¹⁵³.

La doctrina afirma que el contratista realiza la obra a su «riesgo y ventura», soportando la pérdida fortuita de la cosa antes de que sea entregada. Ésta es la razón

¹⁴⁹ RIPERT, G. et BOULANGER, J. (1957), *Traité de Droit civil d'après le Traité de Planiol*, t. II, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, p. 194.

¹⁵⁰ RIPERT, G. et BOULANGER, J. (1957), *Traité de Droit civil...*, ibid., p. 194.

¹⁵¹ RIPERT, G. et BOULANGER, J. (1957), *Traité de Droit civil...*, ibid., p. 195.

¹⁵² EXNER, A., cit. en CLEMENTE DE DIEGO, F. (1959), *Instituciones de Derecho Civil Español*, Tomo II, Derecho de Obligaciones. Contratos. Derecho de familia, Artes Gráficas Julio San Martín, Madrid, p. 28.

¹⁵³ CLEMENTE DE DIEGO, F. (1959), *Instituciones de Derecho Civil Español*, Tomo II, Derecho de Obligaciones. Contratos. Derecho de familia, Artes Gráficas Julio San Martín, Madrid, p. 29.

básica por la que ESTRUCH ESTRUCH entiende que el contratista soporta la pérdida de los materiales y no tanto la consideración del contratista como propietario de la cosa y, por lo tanto, sujeto que debe sufrir el riesgo de pérdida según las reglas generales de nuestro ordenamiento (*res perit domino*). De esta afirmación entendemos que no es necesario dilucidar la propiedad de la cosa, sino que en caso de pérdida fortuita el contratista asume la pérdida de trabajo y materiales si los aportó porque no podrá entregar la obra al comitente y, consecuentemente, no podrá exigirle el precio convenido. El contratista tiene además un deber de custodia sobre las cosas en las que debe realizar la obra. Para determinar la responsabilidad del contratista por la pérdida de la cosa del comitente (por ejemplo, un mueble a reparar), son de aplicación las reglas generales de las obligaciones (arts. 1182 y 1183 CC) y es preciso establecer si la pérdida de la cosa se produjo con o sin culpa del contratista, culpa que siempre se presumirá (art. 1183 CC).

Los arts. 1589 y 1590 CC establecen una regla dispositiva para las partes, por lo que la regulación de los riesgos por el perecimiento fortuito de la obra establecida en el Código Civil únicamente se aplicará cuando las partes no hayan pactado en el contrato de obra el régimen específico en esta materia (STS 19 octubre 1995, [RJ 1995, 7524]). Prevalecerá lo establecido en el contrato y solo en defecto de pacto, serán de aplicación los arts. 1589 y 1590 CC.

Una segunda cuestión relevante es la siguiente: ¿cuál es el momento exacto en el que la legislación vigente y la doctrina sitúan la transmisión del riesgo? La transmisión del riesgo por pérdida fortuita se sitúa en la entrega de la obra por el contratista al comitente, en ese instante tiene lugar el traspaso de los riesgos del contratista al comitente¹⁵⁴.

A ese último tenor, tengamos presente que la principal obligación del contratista es la ejecución de la obra y su entrega al comitente. La entrega consiste en el acto por el cual el contratista pone a disposición del comitente la obra terminada, generando todos

¹⁵⁴ CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M. del C. (2005), *Derecho de la construcción y la vivienda*, Dilex, Madrid, p. 337.

Véase, CADARSO PALAU, *Riesgo y responsabilidad en el contrato de obra*, en *Contratos de servicios y de obra*, coord. GONZÁLEZ GARCÍA (1996), Jaén, p. 52 y ss.

MARTÍNEZ MAS, F. (2001), *La terminación, entrega, recepción y liquidación en el contrato de obra de edificios*, Dykinson, Madrid.

los efectos del cumplimiento. Se produce así el traspaso de los riesgos por pérdida fortuita (arts. 1589 y 1590 CC) y deviene exigible el cobro del precio (art. 1599 CC). La eficacia de la entrega como acto de cumplimiento no está supeditada a la previa aprobación y recepción del comitente. La aprobación y recepción de la obra no condicionan el cumplimiento del contratista, sino que constituyen sólo actos declarativos del cumplimiento correcto que liberan de los defectos aparentes, efecto que no tiene la sola entrega (SSTS 14 de octubre 1968, RA 4386; 16 de junio 1994, RA 4927).

Por su parte, el comitente además de la obligación principal del pago del precio pactado (art. 1544 CC) tiene otras obligaciones accesorias como cumplir determinados deberes de colaboración y recibir la obra. Así es, el comitente está obligado a recibir la obra ejecutada por el contratista (STS 1 marzo 2000 [RJ 2000, 1303]). Aunque esta obligación no está regulada en el Código Civil, por aplicación de las reglas de la buena fe el comitente no puede negarse a recibir la obra si ésta presenta defectos de escasa trascendencia, aunque siempre podrá exigir la reparación o subsanación de los mismos en un determinado plazo o, en su caso, una rebaja del precio proporcional a los defectos existentes en la obra ejecutada (SSTS 5 noviembre 2007 [RJ 2007, 8646]; 1 julio 2008 [RJ 2008, 4274]; 16 diciembre 2005 [RJ 2006, 153] y 21 marzo 2003 [RJ 2003, 2763]). Si el comitente se niega injustificadamente a recibir la obra incurrirá en mora (*mora creditoris*), asumiendo a partir de ese momento los riesgos del perecimiento de la obra. En relación con dicha transmisión de riesgos, la negativa injustificada del comitente a recibir la entrega de la obra equivaldrá a la entrega efectiva (STS 3 mayo 1993 [RJ 1993, 3400]; no considera la existencia de *mora accipiendi* la STS 13 mayo 1996 [RJ 1996, 3876]). Se produce el cese del riesgo para el contratista cuando el comitente incurre en mora en la recepción o, por analogía, se retrasa en aquellos actos de cooperación necesaria de cuya ejecución tardía puedan derivarse riesgos adicionales para el contratista (STS 19 de octubre 1995 [RA 7524])¹⁵⁵.

El art. 1589 CC traslada el riesgo al comitente cuando éste incurre en mora. En relación con ésta, según LUCAS FERNÁNDEZ: «no debería entenderse que existe cuando el dueño se opone a recibir la obra porque no cumple lo convenido o presenta

¹⁵⁵ CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M. del C. (2005), *Derecho de la construcción y la vivienda*, Dilex, Madrid, p. 335.

defectos, pese al tenor literal del precepto («morosidad en recibirla»). La recepción de la obra presupone la aceptación de la misma, y no se puede obligar al comitente a aceptar en todo caso bajo la sanción de trasladarse el riesgo de pérdida de la cosa. Es importante distinguir aquí entre la aceptación de la entrega y la aprobación», siendo la entrega donde debe situarse la mora del acreedor, y también cuando se opone a la aprobación de manera infundada¹⁵⁶.

Como afirma ESTRUCH ESTRUCH: «La entrega de la obra y la aceptación de la misma sin reservas por el comitente supondrá el desplazamiento del riesgo al comitente y la eliminación de la responsabilidad del contratista por los defectos aparentes o manifiestos, aunque continuará respondiendo por los defectos ocultos o, como veremos en el ámbito del contrato de obra inmobiliaria, por los vicios o defectos constructivos que se manifiesten posteriormente a la entrega (arts. 1591 CC y 17 LOE). [...] Si no hubiera pacto o costumbre en contrario, el precio de la obra se pagará cuando el contratista efectúe la entrega al comitente»¹⁵⁷.

Por el contrario, cuando hablamos de obras inmobiliarias y sea de aplicación la Ley de ordenación de la edificación, existe una regulación precisa de la obligación de recibir la obra ejecutada (art. 6 LOE), incluyendo un supuesto de recepción tácita (art. 6.4 LOE), unido a una amplia jurisprudencia. El art. 6 LOE distinguen entre entrega y aprobación o recepción de la obra como dos momentos conceptualmente distintos (arts. 1589 y 1590 CC no lo hacen). Cuando el contratista comunica al comitente que la obra está terminada, se produce automáticamente la puesta a disposición o entrega de la obra, generando todos los efectos del cumplimiento, salvo pacto en contrario, aunque el comitente no la haya aprobado y recibido. Se produce el traspaso de los riesgos por pérdida fortuita, deviene en exigible el precio (art. 1599 CC) y se transmite al comitente la propiedad de la obra construida o la mejora incorporada¹⁵⁸.

¹⁵⁶ LUCAS FERNÁNDEZ, F. (1986), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales, Artículos 1583 a 1603 del Código Civil*, Edersa, tomo XX, vol. 2, Madrid, p. 268 en MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2010), en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (Dir.), INFANTE RUIZ, F. J., OLIVA BLÁZQUEZ, F. et al., *Comentarios...*, *ob.cit.*, p. 1.733.

¹⁵⁷ ESTRUCH ESTRUCH, J., en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J., VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (Dir.) et al. (2016), *Código Civil Comentado*, p. 477.

¹⁵⁸ GONZALEZ CARRASCO, M. del C. (2000), *Comentarios*, p. 144.

Una vez terminada la obra y puesta a disposición del comitente, debe realizarse la verificación de la obra con la finalidad de determinar si es conforme a lo convenido, procediéndose en su caso a la aprobación de la misma, que implica la obligación de aceptar la obra o recibirla. La recepción de la obra se define como el «acto por el cual el constructor, una vez concluida ésta, hace entrega de la misma al promotor y es aceptada por éste». La recepción de la obra inmobiliaria¹⁵⁹ es un acto de suma trascendencia en el marco del contrato de edificación, pues, por una parte, marca la finalización de la relación contractual existente entre promotor y constructor y, por otra parte, fija el inicio del cómputo de los plazos de garantía decenales, trianuales o anuales, a efectos de exigir la correspondiente responsabilidad por daños derivados de vicios constructivos (art. 17.1 LOE)¹⁶⁰. La recepción de la obra es, a su vez, una consecuencia de la entrega o puesta a disposición de la obra y de su aprobación, previa verificación por el comitente, por la que éste, declara de forma expresa, tácita o presunta, el cumplimiento correcto de las obligaciones del contratista, liberándose de los defectos aparentes de la obra (SSTS 16 junio 1994 [RJ 1994, 4927] y 14 octubre 1968 [RJ 1968, 4386]). Salvo pacto en contrario, la recepción de la obra tendrá lugar tras la terminación de la misma, que deberá acreditarse mediante certificado final de obra, y en el plazo de treinta días desde la notificación, plazo que contará desde que el contratista notifique por escrito al comitente (promotor) la finalización de las obras (art. 6.4 LOE).

El art. 6.2. d) LOE reconoce al promotor la posibilidad de recibir las obras sin o con reservas, debiendo indicar en el segundo caso las reservas o defectos de modo expreso en el acta de recepción, así como el plazo de subsanación de los mismos. Según afirma ESTRUCH ESTRUCH: «En cualquiera de los dos casos, una vez entregada la obra y transmitida la posesión al comitente, será éste quien sufrirá el riesgo de la pérdida fortuita de la misma, teniendo en cuenta que no deberá tener la consideración de fortuita la pérdida que se produzca como consecuencia de los defectos o reservas que se hicieron constar en el acta de recepción»¹⁶¹. Continúa el art. 6.2 d) LOE reconociendo:

¹⁵⁹ CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M. del C. (2005), *Derecho de la construcción y la vivienda*, Dilex, Madrid, p. 338.

¹⁶⁰ BERCOVITZ RODRÍGUEZ- CANO, R. (2009), *Tratado de Contratos, Tomo III*, Tirant lo Blanch, Valencia.

¹⁶¹ ESTRUCH ESTRUCH, J., en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J., VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (Dirs.) et al. (2016), *Código Civil Comentado*, ob. cit., pp. 482 y 483.

«Una vez subsanados los defectos, se hará constar en un acta aparte, suscrita por los firmantes de la recepción».

Durante ese período de treinta días desde la notificación, y hasta que el comitente reciba la obra, momento del traspaso posesorio de la misma, el riesgo de pérdida fortuita de la obra lo sufrirá el contratista. No obstante, transcurridos los treinta días desde la notificación por escrito de la finalización de obras el riesgo de pérdida fortuita se transmitirá al comitente (promotor), aunque no reciba las obras. Esto es lo que se deduce del art. 6.4 LOE, que establece que: «la recepción se entenderá tácitamente producida si transcurridos treinta días desde la fecha indicada el promotor no hubiera puesto de manifiesto reservas o rechazo motivado por escrito».

Si el comitente se negase a recibir la obra finalizada y conforme que se pone a su disposición en la fecha prevista incurriría en un supuesto de mora del acreedor¹⁶². Ahora bien, el comitente podrá realizar la recepción de la obra con reservas, especificándolas de manera objetiva y el plazo de subsanación de los defectos observados (art. 6 LOE), salvo que los defectos o desajustes sean mínimos e irrelevantes para la economía contractual, puesto que en ese caso no podrá negarse a recibirla como hemos mencionado anteriormente (STS 7 octubre 1986, [RJ 1986, 5330]). A este respecto, se interpuso recurso de casación iniciado por demanda de la constructora contra la dueña de la obra, en reclamación de las cantidades adeudadas a consecuencia de las certificaciones expedidas en razón de las ejecutadas, una vez que se resolvió unilateralmente el contrato de 27/05/1977, con el anexo de 30/09/1977, por la arrendataria, el día 25/04/1978 en comunicación fehaciente dirigida a la contraparte; habiendo reconvenido la arrendataria demandada en petición de indemnización de daños y perjuicios, que dice le fueron ocasionados por el injustificado retraso en la ejecución y entrega de las obras que suponían verdadero incumplimiento de los compromisos convenidos. En esta sentencia se afirma en los motivos que está erróneamente calificado por las sentencias de instancia tal incumplimiento del contratista, al definirlo como simple retraso. Según los comentarios de la doctrina¹⁶³, los motivos así expuestos no pueden viabilizar el recurso pues olvidan que la sentencia de la Sala “a quo”, al aplicar

¹⁶² CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1978), *ADC*, p. 299 y SALVADOR CODERCH, P. (1991) *Comentarios...*, II, p. 1197.

¹⁶³ GARCÍA GIL, F. J. (2000), *El Contrato de ejecución de obra y su jurisprudencia*, Dykinson, Madrid, pp. 119 y ss.

el art. 1594 CC lo hace sentando como determinación jurídica que no se había producido incumplimiento contractual por parte del contratista; determinación o definición jurídica a la que sirven de soporte los hechos probados que se declaran en el cuarto considerando de la sentencia del Juzgado ratificados en el segundo de la Sala “a quo”, a los que añade «que no es cierto que existiera o al menos no se ha probado deliberado propósito de una paralización definitiva o al menos continúa en la construcción debido a lo apretado de las fechas comprobadas en que se desarrolló la huelga, cese en el trabajo, margen de tiempo para terminarlas y notificación fehaciente de la resolución del contrato, además de no haber cumplido esta parte su obligación de pago de todo lo debido...».

Asimismo, el comitente podrá rechazar de forma motivada la recepción de la obra por considerar que no está terminada o que no se adecua a las condiciones contractuales (art. 6.3 LOE) en cuyo caso no se produce el traspaso de los riesgos por pérdida fortuita de la obra al que se refieren los art. 1589 y 1590. La morosidad en recibir la obra del comitente únicamente se producirá cuando el rechazo a la entrega de la obra es injustificado. Según Jesús ESTRUCH ESTRUCH, «si la obra que se pretende entregar todavía no está terminada por completo, es manifiestamente defectuosa, sustancialmente diversa de la que se convino o inútil para la finalidad que le es propia, el comitente podrá y deberá rechazarla y, por lo tanto, no estaríamos ante un supuesto de *mora creditoris* sino ante una actuación correcta del comitente»¹⁶⁴.

Cuando afirmamos que el riesgo de la pérdida fortuita es asumida por el contratista supone que éste no puede reclamar el valor de los materiales perdidos ni del trabajo empleado (riesgo del precio) y continúa obligado a la ejecución de la obra (obligación principal del contratista), pero convierte en inimputable el eventual incumplimiento derivado de la pérdida fortuita (retraso en la ejecución de la obra)¹⁶⁵. Según MANRESA Y NAVARRO «el precio no llega a ser debido porque la cosa no llega a ser entregada, y la ley supone que si la cosa pereció es por defectos de confección imputables al arrendador. Cuando el motivo de esta presunción falta, nace el derecho del arrendador a reclamar el precio, y así lo ha estimado el Código en el mismo artículo 1.590, al

¹⁶⁴ ESTRUCH ESTRUCH, J., en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J., VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (Dirs.) et al. (2016), *Código Civil Comentado*, ob. cit., p. 482.

¹⁶⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2013), *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, p. 1827.

establecer dos excepciones a la regla general sentada»¹⁶⁶. Siendo las dos excepciones la mora para recibir la cosa y la destrucción por la mala calidad de los materiales aportados por el arrendatario o dueño advertido por el arrendador o contratista.

Aunque no puede exigir como contraprestación el pago de un precio, sin embargo, podría recibir alguna prestación amparada en otro título, del tercero culpable de la pérdida o de la compañía aseguradora. Además de asumir la pérdida del trabajo y los materiales en su caso, el contratista continúa obligado a ejecutar la obra y entregarla al comitente, sigue vinculado con el contrato. Tanto es así que el comitente, a pesar de la pérdida por caso fortuito de la obra, puede exigir al contratista que cumpla íntegramente sus obligaciones, así como que rehaga la obra de nuevo y se la entregue.

En el Derecho Civil histórico, previo al vigente Código Civil, sobre el caso fortuito en el contrato de arrendamiento, en las disposiciones comunes a los arrendamientos de predios rústicos y urbanos, GARCÍA GOYENA¹⁶⁷ ante la destrucción de la cosa por algún caso fortuito distinguía que: cuando se produce la destrucción de la cosa en su totalidad, queda de derecho rescindido el contrato, mientras que ante una destrucción parcial, se puede optar entre la rebaja proporcional de precio o la rescisión del arriendo, pero en ninguno de los casos ha lugar a indemnización.

Siguiendo el Código Civil vigente, pueden darse varios escenarios ante la pérdida fortuita de la obra atendiendo a la posibilidad o imposibilidad de ejecución de la obra y el grado de destrucción de la obra:

- 1) Cuando no sea posible la ejecución de la obra por el contratista por desaparición o destrucción de la cosa específica sobre la que ejecutar la obra (ej. mueble de anticuario a reparar): el contratista sufre la pérdida de los materiales que puso y de su trabajo y, salvo que demuestre su diligencia en la conservación, deberá responder frente al comitente por la pérdida de la cosa (arts. 1.182 y 1.183 CC).

¹⁶⁶ MANRESA Y NAVARRO, J. M. (1969), *Comentarios al Código Civil Español*, Artículos 1542-1603, Tomo X, vol. II, Instituto Editorial Reus, Madrid, p. 706.

¹⁶⁷ GARCÍA GOYENA, F. (1974), *Concordancias, motivos y comentarios al Código Civil Español*, Cometa, Zaragoza, p.784. Comentando el artículo 1.487 del Proyecto de Código Civil de 1851.

Sin embargo, ante la imposibilidad de ejecución de la obra, quedará extinguida la obligación del contratista de alcanzar el resultado comprometido¹⁶⁸.

- 2) En los casos en los que la destrucción fortuita de la obra no es total y la imposibilidad de obtener el resultado se haya producido sin culpa del contratista, se trata de un supuesto de imposibilidad sobrevenida de la prestación que provoca la extinción de la obligación y la sujeción al régimen de reembolso previsto en el art. 1.595 *in fine* CC, debiendo el comitente abonar al contratista la parte proporcional de precio correspondiente a la obra que le hubiera podido entregar, siempre que pese a la pérdida parcial la obra le continúe reportando alguna utilidad. Solución ésta que parece razonable a nuestro entender para evitar un enriquecimiento injusto del comitente.
- 3) Cuando la obra que tenía que ejecutar el contratista continúa siendo posible (ej. traje a medida): el contratista no quedará liberado de su obligación y continuará obligado a ejecutar la obra y entregarla al comitente (si el comitente continúa interesado en el cumplimiento de la obligación habrá de hacer un traje nuevo). Si el contratista se obligó a poner solamente su trabajo sin suministrar los materiales, que fueron aportados por el comitente, el contratista está obligado a realizar de nuevo la obra, siempre que el comitente le vuelva a entregar los materiales puesto que el primero solo asumió la pérdida de su trabajo y no de los materiales. Producida la pérdida de la cosa sin culpa del contratista, en principio, no deberá responder por el retraso que se producirá en el cumplimiento de la prestación, salvo pacto en contrario en el contrato por la autonomía de la voluntad de las partes o el establecimiento de cláusulas penales por retraso en el contrato.

Es usual el establecimiento de cláusulas penales para el caso de retraso en la entrega de la obra. La configuración de estas cláusulas consiste en fijar una cantidad de penalización por cada día de retraso en la entrega u otro período temporal que se establezca. La principal ventaja que aportan las cláusulas penales consiste en permitir al

¹⁶⁸ESTRUCH ESTRUCH, J., en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J., VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (Dirs.) et al. (2016), *Código Civil Comentado*, ob. cit., p. 481.

comitente reclamarle al contratista las cantidades establecidas sin tener que probar los daños producidos por el retraso, pero, asimismo, salvo que la propia cláusula diga lo contrario, el comitente solo podrá reclamar al contratista la cantidad fijada en la cláusula penal, aunque el retraso le hubiera producido al comitente más daños que los contemplados por la cláusula (art. 1152 CC; STS 17 noviembre 2004 [RJ 2004, 7239]). Si se fija la cláusula penal por cada día de retraso, no es posible la moderación judicial de la cantidad acordada en las cláusulas penales porque el incumplimiento (retraso diario) es total y en consecuencia, no aplica el art. 1154 CC¹⁶⁹ (SSTS 19 febrero 2009 [RJ 2009, 1502]; 17 diciembre 2003 [RJ 2003, 8792] y 7 febrero 2002 [RJ 2002, 2887])¹⁷⁰.

De conformidad con el art. 1152CC, en las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si no se hubiera pactado otra cosa. En la práctica contractual es muy frecuente el establecimiento de cláusulas penales en el contrato de obra. Si no se pacta en el contrato lo contrario, la cláusula penal sustituye a la indemnización de daños y perjuicios ante el incumplimiento contractual. Las Cláusulas penales tienen una función sustitutiva, por cuanto anticipa y absorbe la indemnización, y liquidatoria (SSTS 7 diciembre 1990 [RJ 1990, 9900] y 27 junio 2007 [RJ 2007, 3864]). La pena evita tener que probar la cuantía de los daños (STS 12 enero 1999 [RJ 1999, 36]), es exigible aunque éstos no existan y permite la agravación del resarcimiento¹⁷¹. Determinadas sentencias estiman que esto último es de esencia a la cláusula penal (SSTS 22 octubre 1990 [RJ 1990, 8033] y 12 enero 1999 [RJ 1999, 36]). Estas cláusulas tienen efectos de carácter preventivos, disuasorios y punitivos frente al incumplimiento.

Son las cláusulas penales¹⁷² para el caso de que se produzca un retraso en la entrega de la obra, por tanto y a mi juicio, una forma de limitar cuantitativamente la responsabilidad por el «riesgo de retraso en la entrega». El contratista asume el riesgo

¹⁶⁹ Art. 1154CC: «El Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor».

¹⁷⁰ ESTRUCH ESTRUCH, J., en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J., VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (Dir.) et al. (2016), *Código Civil Comentado*, ob. cit., p. 474.

¹⁷¹ ARROYO I AMAYUELAS, E. (2010), comentario art. 1152 CC, en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (Dir.), *Comentarios...*, ob. cit., pp. 1.279 y ss.

¹⁷² CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M. del C. (2005), *Derecho de la construcción y la vivienda*, Dilex, Madrid, p. 343.

que por ley le corresponde en lo relativo a la entrega en el plazo pactado en el contrato, pero limita el riesgo, reduciendo y acotando su impacto económico.

El riesgo contemplado por los arts. 1589 y 1590 CC es el que acontece por caso fortuito. Cuando la pérdida de la cosa y de los materiales y trabajo del contratista se produce por conducta dolosa o culposa del contratista (incluida la no advertencia del contratista al comitente de la mala calidad de los materiales) nos encontramos ante un supuesto de incumplimiento contractual regulado por las normas generales de las obligaciones en los arts. 1101 y ss. CC (STS 15 junio 1994 [RJ 1994, 4925]). En estos supuestos en los que media conducta culposa del contratista, éste ha de responder por el retraso en la entrega de la obra convenida y de todos los daños y perjuicios que hubiera ocasionado al comitente el incumplimiento de sus obligaciones contractuales (arts. 1106 y ss. CC), incluido si así fuera, la pérdida del material suministrado por el comitente.

Las normas de riesgo tampoco se aplican cuando la pérdida es imputable al comitente, en tal caso éste habrá de reembolsar el valor de los materiales y trabajo perdido e indemnizar los daños y perjuicios causados al contratista¹⁷³.

En el caso del contrato de obra inmobiliaria hay que considerar las distintas funciones de los sujetos que intervienen en la edificación, muy especialmente el director de la ejecución de la obra (suele tratarse de un arquitecto técnico), al que como establece el art. 13.2. b) LOE le corresponde: «verificar la recepción en obra de los productos de construcción, ordenando la realización de ensayos y pruebas precisas». Asimismo, el art. 1. A). 2 del Decreto 265/1971, de 19 de febrero sobre competencia de los arquitectos técnicos, establece que le corresponde al arquitecto técnico «inspeccionar los materiales a emplear, dosificaciones y mezclas, exigiendo las comprobaciones, análisis necesarios y documentos de idoneidad precisos para su aceptación». Por consiguiente, el arquitecto técnico responde cuando se produzcan defectos constructivos en la edificación causados por el mal estado de los materiales utilizados o la inadecuación de los mismos para las condiciones en las que han de ser

¹⁷³ CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M. del C. (2005), *Derecho de la construcción y la vivienda*, Dilex, Madrid, p. 335.

empleados (SSTS 16 diciembre 2002 [RJ 2002, 10748] y 19 octubre 1998 [RJ 1998, 7440])¹⁷⁴.

Podríamos preguntarnos, ¿qué ocurre cuando se produce el incumplimiento de las partes o se descubren deficiencias después de la entrega de la obra? ¿Quién soporta los riesgos? El Código Civil no establece específicamente las actuaciones frente a los incumplimientos de las partes. Únicamente para el contrato de obra inmobiliaria regula el régimen de responsabilidad del contratista y otros intervinientes en la construcción ante la existencia de defectos constructivos (art. 1591 CC). A falta de normativa específica, se rige por los preceptos generales en materia de cumplimiento de las obligaciones y contratos (arts. 1091, 1094, 1095, 1098, 1101, 1124, 1258, etc.)¹⁷⁵.

La regla general de que la responsabilidad del contratista se extingue con la entrega de la obra tiene una excepción en la construcción de edificios. En tal caso, la responsabilidad del arrendador subsiste durante un plazo. La razón del precepto es muy clara según MANRESA Y NAVARRO al afirmar que «la entrega de la cosa y el examen que de ella se hace no son suficientes para suponer que el arrendatario tiene ocasión para conocer perfectamente todos los vicios de que la cosa pueda adolecer. Antes, por el contrario, lo probable será que esos defectos no sean manifiestos, y que sólo con el transcurso del tiempo puedan ser apreciados»¹⁷⁶. Durante ese plazo, el arquitecto responderá si la ruina trae causa de un vicio en el suelo o en la dirección de la obra y el contratista si se debe a un vicio de construcción.

Referido al contrato de obra inmobiliaria, el art. 1591 CC establece el régimen de responsabilidad del contratista y de los otros agentes intervinientes en la construcción cuando la obra entregada padezca defectos constructivos, en el que el riesgo por pérdida de la obra lo sufre el contratista y el arquitecto por plazo de diez años. Este régimen ha sido sustituido por la LOE en el ámbito material y temporal de aplicación (art. 2 y

¹⁷⁴ ESTRUCH ESTRUCH, J., en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J., VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (Dirs.) et al. (2016), *Código Civil Comentado*, ob. cit., p. 483.

¹⁷⁵ ESTRUCH ESTRUCH, J., en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J., VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (Dirs.) et al. (2016), *Código Civil Comentado*, ob. cit., p. 478.

¹⁷⁶ MANRESA Y NAVARRO, J. M. (1969), *Comentarios al Código Civil Español*, Artículos 1542-1603, Tomo X, vol. II, Instituto Editorial Reus, Madrid, p. 709.

Disposición transitoria primera en relación con el art. 17 LOE). Esta última establece que lo dispuesto en la LOE, será de aplicación a las obras de nueva construcción y a obras en los edificios existentes, para cuyos proyectos se solicite la correspondiente licencia de edificación, a partir de su entrada en vigor. El art. 17 LOE sobre vicios constructivos, deroga la responsabilidad decenal por ruina del art. 1591.1 CC para contratos cuyo objeto sea una obra de edificación según el art. 2 LOE.

El art. 17 establece que las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación responderán frente a los propietarios y los terceros adquirentes de los siguientes daños materiales ocasionados en el edificio dentro de los plazos indicados, contados desde la fecha de recepción de la obra, sin reservas o desde la subsanación de éstas:

- a) Durante diez años, de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio.
- b) Durante tres años, de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad del apartado 1, letra c), del art. 3. El constructor también responderá de los daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras dentro del plazo de un año.

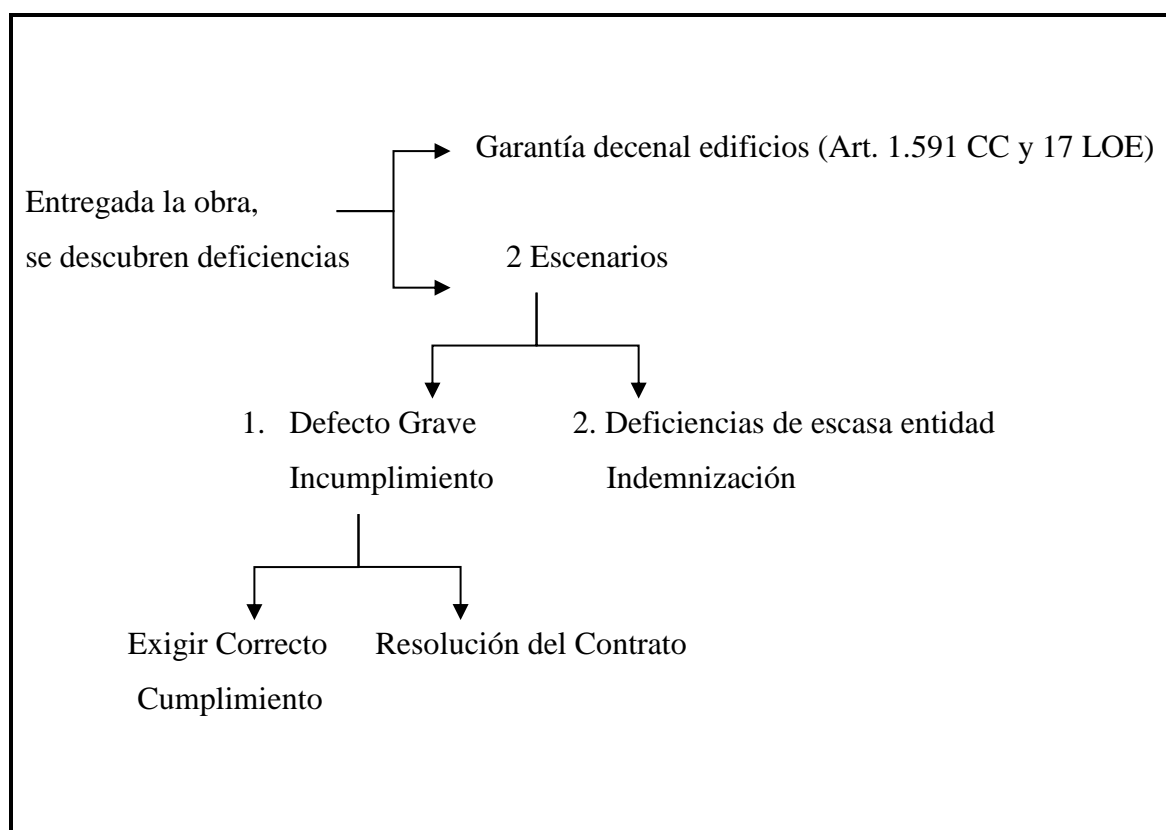
Para el resto de vicios constructivos, resulta aplicable la doctrina del art. 17 LOE también a edificaciones no sometidas a la LOE, según CORDERO LOBATO¹⁷⁷, puesto que no tiene sentido que los plazos de garantía por vicios ruinógenos destinados por ejemplo a una caseta de perro sean mayores que los de una edificación destinada a vivienda.

En esta cuestión se plantean dos escenarios: si el defecto es grave, puede equipararse al incumplimiento, y cabría exigir el correcto cumplimiento de la

¹⁷⁷ CORDERO LOBATO, E., *Comentarios* 2000, p. 296.

prestación, incluyendo realizar la obra de nuevo dado el caso, o la resolución del contrato. Sin embargo, en el caso de deficiencias de escasa entidad, sólo habría lugar a una indemnización. También se admite la aplicación de las normas de saneamiento de la compraventa¹⁷⁸.

Figura nº 1.



Fuente: Elaboración propia.

El plazo de prescripción del art. 1591.II CC (quince años), en relación al supuesto de responsabilidad por ruina del edificio, también ha de entenderse derogado por el art. 18 LOE respecto de los contratos de obras de edificación que tengan por objeto obras de edificación del art. 2 LOE, estableciendo un plazo de dos años. Se debe entender de aplicación la regla general del art. 1964 CC (prescripción de quince años) a aquellas edificaciones no sometidas a la LOE, lo que muestra que el legislador ha establecido un régimen de prescripción de acciones por incumplimiento del contrato de obras chocante

¹⁷⁸ LUCAS FERNÁNDEZ, F. (1986), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales: Artículos 1583 a 1603 del Código Civil*, Edersa, T. XX, vol. 2º, p. 234.

e internamente incongruente: menor plazo de prescripción de la acción de responsabilidad cuanto más grave es la falta de conformidad de la prestación debida¹⁷⁹.

La jurisprudencia ha desarrollado varias líneas de interpretación para explicar la responsabilidad del contratista por los daños ocasionados por vicios o defectos de la obra. El criterio judicial ha dejado de aplicar analógicamente las normas del saneamiento por los defectos o gravámenes ocultos, reguladas por los arts. 1484-1499 CC, y está eligiendo como remedio preferente la reparación mediante una prestación corregida (cumplimiento *in natura*)¹⁸⁰. Para justificar este criterio judicial se han seguido dos perspectivas: una línea de interpretación ha considerado las normas generales sobre el incumplimiento de las obligaciones y, desde otra perspectiva distinta, se ha realizado una interpretación extensiva del art. 1591CC. Podría decirse que la responsabilidad decenal por ruina del edificio ha funcionado como una responsabilidad por incumplimiento del contrato de obra.

¹⁷⁹ CARRASCO PERERA, A. (2000), Act. Civ., p. 6.

¹⁸⁰ JIMÉNEZ HORWITZ, M. (2012), «La distinción entre los contratos de obras y servicios...», ob. cit., p. 555.

Capítulo III

LA TRANSMISIÓN DE RIESGOS EN EL CONTRATO DE OBRAS EN EL NUEVO DERECHO EUROPEO DE CONTRATOS

1. LA TRANSMISIÓN DE RIESGOS EN EL CONTRATO DE OBRAS EN EL DERECHO CONTINENTAL MODERNO

Tras analizar cuál es el régimen jurídico aplicable al contrato de obras en materia de transmisión de riesgos por el ordenamiento jurídico civil en España, abordaremos las disposiciones a este respecto en el Derecho europeo. En la actualidad la realidad imperante se encuentra bajo una fuerte influencia del proceso de globalización que se extiende a innumerables ámbitos desdibujando fronteras y creando un espacio común internacional: globalización de los mercados, de las operaciones comerciales internacionales, de la libre circulación de personas, bienes, servicios y capitales. En un mundo globalizado como el actual el mantenimiento de ordenamientos jurídicos nacionales aislados provoca incompetencia para solventar conflictos en los que ciudadanos europeos de varios países son parte integrante de un mismo contrato con ordenamientos jurídicos aplicables diversos. Para que el Derecho sea capaz de proporcionar soluciones adecuadas a la sociedad actual es preciso seguir avanzando en la construcción de un ordenamiento civil europeo.

La intensa labor legislativa de la Unión Europea ha consolidado el denominado «acervo comunitario de Derecho Privado», según Juan Pablo PÉREZ VELÁQUEZ: «integrado principalmente por las Directivas y en menor medida por los Reglamentos, que abarcan las más variadas cuestiones relativas al Derecho de la persona, Derecho de las obligaciones y de los contratos, Derecho de daños, Derecho de la propiedad intelectual y garantías reales mobiliarias, que configuran un verdadero Derecho Civil

comunitario»¹⁸¹. Resulta de vital importancia comprender que, o se sigue avanzando hacia un ordenamiento civil europeo común, o los ciudadanos europeos corren el riesgo de estancarse en sus operaciones mientras que el resto del mundo sigue avanzando y generando un Derecho renovado y acorde a las circunstancias actuales. Los avances en ese camino se alcanzan, mediante el establecimiento de normativa vinculante y también a través de aquella otra que, aunque por el momento no tenga carácter imperativo, siendo instrumentos facultativos, pueden ir estableciendo los cimientos de ese futuro ordenamiento jurídico civil europeo. Es por este motivo por el que se analizan *The Principles of European Contract Law (PECL)*¹⁸² y el borrador de Marco Común de Referencia (DCFR)¹⁸³, realizando un análisis comparativo con la regulación del ordenamiento civil español sobre el contrato de obra.

1.1. LOS RIESGOS EN THE PRINCIPLES OF EUROPEAN LAW ON SERVICE CONTRACTS (PEL SC)

En la Introducción de la publicación de las partes primera y segunda de los PECL se afirma que la consolidación del ingente acervo comunitario de normas relativas a contratos específicos había puesto de manifiesto la necesidad de dotar a la Unión Europea de una infraestructura común del Derecho de la contratación. Por ello, la «Comisión Lando» elaboró unos principios o reglas contractuales de ámbito europeo¹⁸⁴. Con estos principios se indica que se obtendrían una serie de beneficios entre los que se encuentran el fomento del comercio transfronterizo dentro de Europa y el fortalecimiento del mercado único europeo, dotar a la Unión Europea de una infraestructura para sus leyes en el campo de su contratación, la previsión de unas guías

¹⁸¹ PÉREZ VELÁZQUEZ, J.P. (2013), *El proceso de modernización...*, ob. cit., p. 42.

¹⁸² BARENDRECHT, M., JANSEN, C., LOOS, M., PINNA, A., CASCÁO, R., VAN GULIJK, S. (2007), *Principles of European Law, Study Group on a European Civil Code. Service Contracts (PEL SC)*, Sellier, European Law Publishers, Bruylant, Staempfli, Munich.

¹⁸³ VON BAR, C., CLIVE, E., SCHULTE-NÖLKE, H. (eds.), STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE and RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*.

¹⁸⁴ DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M. (2002), *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Civitas, Madrid, p. 76.

para tribunales y legisladores nacionales, y, por último, la construcción de un puente entre los sistemas de Civil Law y Common Law¹⁸⁵.

Los objetivos que se persiguen con los PECL son proporcionar una base para la legislación europea, que sean adoptados por las partes, constituir la formulación de una *lex mercatoria* moderna, servir de modelo para el desarrollo judicial y legislativo del Derecho contractual, y facilitar la armonización del Derecho de los contratos dentro de Europa. GONZÁLEZ PACANOWSKA ha afirmado que en el trasfondo del espíritu de la «Comisión Lando» late el ideal armonizador, pero lo que sea la armonización puede describirse de distintas maneras¹⁸⁶. Como medida de armonización, afirman DÍEZ-PICAZO *et alii* que los PECL «tratan de eliminar las diferencias entre los Derechos nacionales, que son enemigas de una conducta eficiente en los negocios. En lugar de ello, ofrecen un conjunto de reglas que se pueden aplicar en los territorios de todos los Estados y que se encuentran disponibles en lenguas bien conocidas»¹⁸⁷.

El Study Group on a European Civil Code desarrolló la tarea de realizar un borrador de los Principios Europeos comunes, aplicables a los aspectos más importantes de la legislación de obligaciones y contratos y para ciertas partes del derecho de propiedad en bienes muebles, principios que son especialmente relevantes para el funcionamiento del mercado común. *The Principles of European Contract Law on Service Contracts* regulan en el Capítulo 2 el contrato de obra, dedicando el art. 2:108 a los riesgos, parte en la que nos centraremos en este epígrafe. Los PECL¹⁸⁸ son el precedente del Marco

¹⁸⁵ LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, pp. xxi-xxiii.

¹⁸⁶ Según GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. «lo que sea la armonización puede describirse de distintas maneras: como unificación normativa, aunque sólo sea *soft law*, derecho optativo (*opt-in*), incluso a la manera descrita últimamente como la alternativa *blue button*; como principios generales o trasfondo común que sirva a la integración del fragmentario y disperso Derecho europeo de contratos y obligaciones; como punto de referencia común para contrastar criterios y soluciones, en un doble sentido: inspiración para el legislador, de un lado, y elemento de interpretación e integración para la jurisprudencia, de otro. Todavía se había añadido otra función, ésta a corto plazo, cual era la elección por las partes contractuales como disciplina aplicable en torno a la posibilidad efectiva de elegir como Derecho aplicable a un contrato internacional un Derecho no estatal», «Los Principios Lando», en BOSCH CAPDEVILA, E. (dir.), Decanato del Colegio de Registradores de Catalunya (coord.) (2009), *Derecho Contractual Europeo*, Editorial Bosch, Barcelona, pp. 165 y 166.

¹⁸⁷ DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M. (2002), *Los Principios del Derecho Europeo...*, ob. cit., p. 76.

¹⁸⁸ Existe una amplia bibliografía sobre la Comisión Lando y el texto de los PECL, entre la que destaca GARCÍA RUBIO, M.P. (2015) «Hacia un nuevo Código de Obligaciones y Contratos por el camino equivocado. Propuestas de rectificación», en *Codificaciones del Derecho privado en el s. XXI*, ROCA TRIAS, E. (dir.), CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, M. del C. (coord.), Thomson Reuters, Civitas, Cizur Menor, pp. 92 y 93.

Común de Referencia (DCFR) por lo que encontramos más coherente analizar en profundidad cada artículo del DCFR aplicable a la materia de este estudio en el siguiente epígrafe por ser la más completa y reciente, señalando en el presente tan solo las diferencias con respecto a aquél.

El art. 2:108 PEL SC¹⁸⁹ que se corresponde con el art. IV.C.–3:108 DCFR (*Risks*)¹⁹⁰, se diferencia de éste último en la falta de la definición del «momento relevante» (*relevant time*) que el DCFR recoge en el apartado 2 del anteriormente citado artículo. Este concepto es definido como:

«In this Article the relevant time is:

- (a) where the control of the structure is to be transferred to the client, the time when such control has been, or should have been, transferred in accordance with IV.C.- 3:106 (Handing over of the structure);*
- (b) in other cases, the time when the work has been completed and the constructor has so informed the client».*

El momento relevante para el DCFR es la entrega o momento de transmisión del control. Volveremos sobre este concepto exponiéndolo extensamente en el siguiente epígrafe. Es conveniente apuntar la correspondencia entre los artículos del PECL y el DCFR, el art. 1:111 PECL (*Variation of the Service Contract*) se corresponde con el art. IV.C.–2:109 DCFR (*Unilateral variation of the service contract*). Por su parte, el art. 2:106 PECL se corresponde con el art. IV.C.–3:106 DCFR (*Handing over of the Structure*). Por último, al respecto de las correspondencias de artículos, el art. 8:108 PECL es el art. III. –3:104 DCFR (*Excuse due to an impediment*).

Si comparamos estos principios con los de la compraventa, este artículo aplica las mismas reglas que la compraventa, puesto que el riesgo de pérdida o daño a la obra se transmite cuando el control sobre el bien es entregado al comprador, según el art. 5:102 PELS (*Time When Risk Passes*), con la salvedad de la no aplicación del párrafo 3. La

¹⁸⁹ BARENDRECHT, M., JANSEN, C., LOOS, M., PINNA, A., CASCÁO, R., VAN GULIJK, S. (2007, p.10), *Principles of European Law, Study Group on a European Civil Code. Service Contracts (PEL SC)*, Sellier, European Law Publishers, Bruylant, Staempfli, Munich.

¹⁹⁰ VON BAR, C., CLIVE, E., SCHULTE-NÖLKE, H. (Eds.), STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE and RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, ob. cit., p. 826.

carga de la prueba de que el control ha sido transmitido al cliente recae sobre el constructor según el Comentario F (*Burden of Proof*) de los PECL.

A diferencia del DCFR para el incumplimiento, estos principios reconocen remedios jurídicos específicos para el Contrato de Obra: el art. 2:109 (*Specific Performance and Cure*), art. 2:110 (*Resort to Other Remedies*) y art. 2:111 (*Prescription of Remedies based on Non-Conformity*).

1.2. LOS RIESGOS DEL CONTRATO DE OBRAS EN EL MARCO COMÚN DE REFERENCIA (DCFR)

El Marco Común de Referencia (DCFR) establece una unificación conceptual, con un régimen jurídico general, de todos los contratos de servicios, que incluye el contrato de obra. El art. 1:101 PEL SC y el art. IV.C.–1:101 DCFR se refieren a la realización de un servicio a favor de la otra parte, a cambio de una remuneración. Según DE BARRÓN ARNICHES: «Esta definición amplia pretende abarcar la actividad desplegada por una multitud de agentes económicos y, como mínimo, las siguientes: todas las tareas relacionadas con la construcción, actividad de mantenimiento y reparación de bienes, contrato de depósito y custodia, diseño y elaboración de proyectos, información y asesoramiento profesional y tratamientos médicos. Se trata de los sectores de servicios más frecuentes en la práctica, y se encuentran regulados específicamente en la parte especial de los PEL SC y en los capítulos 3 y siguientes del Libro IV-C del Marco Común de Referencia»¹⁹¹. Según DE BARRÓN ARNICHES «resulta claro que esta noción de servicio dista mucho de asemejarse a la propuesta en el Proyecto de reforma del Código civil español y [...] constituye una clara superación de la doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo en virtud de la cual las obras se diferencian de los servicios porque las primeras constituyen una obligación de resultado y los segundos una obligación de medios»¹⁹².

Las disposiciones aplicables al Contrato de obra están contempladas en el Título C del Libro IV del borrador del Marco Común de Referencia (DCFR). El DCFR regula

¹⁹¹ DE BARRÓN ARNICHES, P. (2008), «Cuestiones sobre el contrato de servicios...», ob. cit., p. 12.

¹⁹² DE BARRÓN ARNICHES, P. (2008), «Cuestiones sobre el contrato de servicios...», ibid.

bajo el citado Título, el Contrato de Servicios, dentro del cual incluye al Contrato de Construcción como si se tratara de una modalidad más de servicios. Proporciona unas Disposiciones generales en el Capítulo 1 del Título C del Libro IV, aplicable también al contrato de construcción al incluirlo expresamente en el ámbito de aplicación que establece el art. 1:101 (2) DCFR. Esta regulación del DCFR contrasta con algunos ordenamientos jurídicos en los que la situación es diferente, como en Francia y Bélgica donde todos los servicios están generalmente sujetos a la regulación del contrato de obras (*contrat d'entreprise or louage d'ouvrage* arts. 1779 y 1787 y ss CC) con la excepción de los servicios de mandato (art. 1984 y ss CC) y almacenamiento¹⁹³. Según el DCFR, muchos sistemas distinguen entre contratos de obra que incluyen servicios materiales y contratos de servicios puros que implican solo la provisión de servicios intelectuales o similares. Los sistemas de Austria, Alemania, Grecia, Italia, Países Bajos, Polonia, Portugal y España diferencian de distintos modos los servicios materiales de los servicios intelectuales. En Austria y Alemania (§§1165 y ss CC Austriaco y §§631 y ss CC Alemán), la mayoría de los servicios materiales e intelectuales están sujetos a las disposiciones del contrato de obra (*Werkvertrag*)¹⁹⁴.

1.2.1. Los deberes pre-contractuales de informar en el DCFR

El art. IV.C. 2:102 DCFR establece los deberes pre-contractuales de informar (*Pre-contractual duties to warn*). En concordancia con este artículo:

- (1) El prestador de servicio tiene el deber precontractual de advertir al cliente si llega a su conocimiento el riesgo de que el servicio solicitado:
 - (a) puede no lograr el resultado indicado o previsto por el cliente,
 - (b) puede perjudicar otros intereses del cliente,
 - (c) puede resultar más caro o requerir más tiempo del razonablemente esperado por el cliente.

El deber recíproco de información constituye, según DE BARRÓN ARNICHES: «la aplicación al sector servicios de uno de los más relevantes principios informadores del

¹⁹³ VON BAR, C., CLIVE, E. and SCHULTE-NÖLKE, H. (Eds.), STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE and RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP) (2010), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Volume II, Oxford, p. 1599.

¹⁹⁴ VON BAR, C., CLIVE, E. and SCHULTE-NÖLKE, H. (Eds.), STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE and RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP) (2010), *id.*

Derecho europeo de los contratos, el que quizá con mayor éxito se ha convertido en norma comunitaria vigente en los diversos ámbitos, y que con mayor aceptación ha sido adoptada por las legislaciones nacionales»¹⁹⁵.

La obligación de informar en la fase precontractual conforma una manifestación del principio de buena fe precontractual, buena fe en las relaciones negociales y honradez en los tratos, que cuenta con regulación específica en el capítulo 3 del Libro II¹⁹⁶. En el Derecho europeo, *the duty of good faith* no conforma una definición objetiva de un comportamiento concreto sino que se configura como principio que engloba y fundamenta todas las obligaciones que pueden exigirse a las partes contractuales¹⁹⁷. La obligación precontractual de advertir reafirma su vigencia, no sólo reconociéndolo como un principio básico sino insertándolo en el texto normativo como obligación jurídica de advertir al cliente en caso de la existencia de riesgos de no lograr el resultado, perjudicar otros intereses del cliente, resultar más caro o requerir más tiempo del previsto por el cliente. Ese deber de informar implica advertir al cliente de que el resultado que espera del servicio puede que no logre sus objetivos, de la divergencia entre resultado y objetivos del cliente. El prestador del servicio debe informar al cliente de que el resultado del servicio, el que determina la conformidad de la prestación con el contrato, puede diferir de sus objetivos¹⁹⁸. Asimismo, le ha de informar en fase precontractual del riesgo de un mayor coste o de la demora en prestar el servicio, que podrían suponer también una falta de conformidad de la prestación.

Las consecuencias de la inobservancia de esta norma para el agente serían: 1) No podrá instar ninguna modificación contractual en función de las circunstancias que se presenten durante la prestación del servicio y de las que no advirtió oportunamente al cliente; 2) El cliente podrá instar cualquiera de los remedios contemplados en la parte general sobre obligaciones y contratos para el caso de incumplimiento, incluidos los

¹⁹⁵ DE BARRON ARNICHES, P. (2011), *El contrato de servicios en el nuevo Derecho contractual europeo*, Editorial Reus, Madrid, pp. 84 y 85.

¹⁹⁶ Arts. II 3:101 a 3:109 DCFR.

¹⁹⁷ LANDO, O. (2007), «Is good faith an overarching general clause in the principles of European contract law?» en DIAZ ALABART, S., ANDENAS, M., MARKESINIS, Sir. B., MICKLITZ, H., PASQUINI, N. (eds), *Liber amicorum Guido Alpa. Private Law Beyonds the National Systems*, British Institute of International & Comparative Law, London, pp. 610; en DE BARRON ARNICHES, P. (2011), *El contrato de servicios en el nuevo...*, ob. cit., p. 88.

¹⁹⁸ DE BARRON ARNICHES, P. (2011), *El contrato de servicios...*, ob. cit., p. 86.

remedios para supuestos de error¹⁹⁹. DE BARRÓN ARNICHES señala que el DCFR amplía los remedios a elegir por el cliente, a diferencia del precedente de los PEL SC, que hacía mención a la indemnización por información incorrecta, remitiendo al art. 4:107 PECL sobre dolo, reduciendo de este modo su aplicación a los casos en los que la falta de información precontractual por el prestador del servicio no fuera dolosa. Sin embargo, el DCFR se refiere a cualquier remedio de forma genérica, viendo el cliente incrementada su protección pudiendo elegir el remedio que interpone ante el incumplimiento y pudiendo instar, en todo caso, a la indemnización para el resarcimiento por todos los daños sufridos, tanto materiales como morales, y tanto la pérdida sufrida como el lucro cesante (art. III 3:701 DCFR)²⁰⁰.

El deber de informar al cliente impuesto por el *soft law* parece extenderse a una obligación de asesorar al cliente. El deber de advertir no es de aplicación si el cliente ya conoce los riesgos o pudiera razonablemente esperarse que los conociera, según establece el art. IV.C 2:102 (2) DCFR. La expresión del DCFR «es razonable suponer que los conoce» en referencia a los riesgos, es explicada y concretada en sentido negativo en el mismo art. IV.C 2:102 (7) DCFR, que establece: «no es razonable suponer que el cliente conoce un riesgo simplemente porque sea un profesional del ramo, o esté aconsejado por quienes lo son en el sector correspondiente, salvo que dichos terceros actúen en calidad de agentes del cliente, en cuyo caso es aplicable lo dispuesto en el art. 1:105 (Imputación del conocimiento) del Libro II». La consecuencia práctica es la voluntad del DCFR de extender el deber de asesoramiento y advertencia a todos los supuestos y no sólo a los supuestos de contratación con consumidores en sentido estricto, salvo el muy limitado caso de la imputación de conocimiento cuando terceros actúen como representantes del cliente, debiendo ser la información suministrada clara y precisa y expresada en un lenguaje simple y comprensible²⁰¹. El DCFR realiza, por tanto, una extensión *objetiva* y *subjetiva* del deber de información precontractual, *objetiva* al comprender incluido dentro del deber de información un deber de asesoramiento en aras de la buena fe contractual y, *subjetiva* al incluir a todo tipo de clientes a los que el prestador del servicio debe informar y advertir, cliente-consumidor en sentido estricto y cliente profesional. El deber precontractual de informar

¹⁹⁹ Arts. II 7:101 y 7:201 y ss. DCFR.

²⁰⁰ DE BARRÓN ARNICHES, P. (2011), *El contrato de servicios...*, ob. cit., pp. 86 y 87.

²⁰¹ GARCÍA RUBIO, M. P. y OTERO CRESPO, M. (2010), «La responsabilidad precontractual en el Derecho precontractual europeo», *Indret* n° 2/2010, p. 12.

del prestador se configura por el DCFR como un deber universal, con independencia de la formación del cliente.

El cliente tiene también un deber precontractual de informar al prestador del servicio, aunque más limitado, según el art. IV.C 2:102 (4) DCFR, que regula el deber de informar del cliente si tiene conocimiento de hechos inusuales que pueden encarecer el servicio o demorar la prestación o causar daños al prestador del servicio o a terceros. Por su parte, el art. IV.C 2:102 (8) DCFR establece una presunción de que el cliente conoce los hechos inusuales si resultan obvios a partir de los hechos o circunstancias que conociese sin realizar investigación alguna. Este deber constituye una concreción del deber general de cooperar y una modalidad del deber de dar instrucciones al prestador del servicio²⁰². Este deber de advertir del cliente es una obligación jurídica mucha más limitada que el deber de informar del prestador del servicio.

El art. IV.C 2:108 DCFR establece la obligación contractual del prestador del servicio de advertir al cliente durante la prestación del servicio, como consecuencia de la información posterior, de las indicaciones del cliente o de la existencia de algún nuevo hecho que se conoce una vez iniciada la prestación y suponga un riesgo sobrevenido. Este deber contractual de informar del prestador del servicio es muy similar a los deberes precontractuales del art. IV.C 2:102 DCFR (*Pre-contractual duties to warn*). Consisten en los mismos riesgos, con la diferencia de que éstos son deberes contractuales, ya se ha producido el inicio de la prestación. El DCFR insiste en que el deber de informar sobre esos riesgos se limitan a los que pueda conocer, no se le exige una especial vigilancia o investigación para advertir al cliente de todo lo que ocurre o puede llegar a ocurrir²⁰³. El prestador del servicio debe asegurarse de que el cliente comprende perfectamente las advertencias.

Los autores del DCFR señalan que si se produce el supuesto del art. IV.C 2:108 (1)(a) DCFR nos encontraríamos en un doble incumplimiento del prestador del servicio: el de su obligación principal de hacer y el de su obligación de advertir de este artículo, con el consiguiente despliegue de los remedios que puede ejercitar el cliente, incluso en el caso de que el origen de la no obtención del resultado se deba a una defectuosa o

²⁰² DE BARRÓN ARNICHES, P. (2011), *El contrato de servicios...*, ob. cit., p. 92.

²⁰³ DE BARRÓN ARNICHES, P. (2011), *El contrato de servicios...*, ob. cit., p. 98.

incorrecta instrucción del cliente²⁰⁴. Dado que el prestador del servicio no informó de ello al cliente, pierde su derecho a alegar una excusa o impedimento al cumplimiento regulados en el art. III 3:104 DCFR, o la improcedencia de la indemnización puesto que la falta de obtención del resultado es imputable al acreedor, según el art. III 3:704 DCFR.

La obligación contractual de advertir durante la prestación del servicio no se contempla en la legislación española, sino que se ha de inferir de la obligación del prestador del servicio de actuar con diligencia en el ejercicio de su obligación de hacer²⁰⁵. Sin embargo, el artículo 1590 CC, sobre el contrato de obra contempla un supuesto concreto de advertencia contractual, que se relaciona con la exención de los riesgos al constructor si la obra se destruye por causa de la mala calidad de los materiales y éstos hubieran sido aportador por el comitente, siempre que el constructor le hubiera advertido de esta circunstancia, en este caso, el riesgo de la pérdida de la obra será soportado por el cliente. De igual modo, ocurre en el supuesto de entrega de la cosa, con la consiguiente transferencia de los riesgos de destrucción por causa fortuita, no se puede realizar por morosidad del cliente en recibir la obra. Por su parte, el art. 18 TRLGDCU establece la obligación de informar sobre los productos y servicios, aunque parece más en alusión al contrato de compraventa que en el contrato de servicios. Así se desprende del art. 116 TRLGDCU, que relaciona el deber de información con la noción de conformidad del producto vendido al consumidor²⁰⁶. Este deber de información contractual se utiliza en la práctica como mecanismo de defensa del prestador del servicio que es demandado ante la falta de conformidad del contrato.

²⁰⁴ VON BAR, C. and CLIVE, E. (Eds.), STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE and RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP) (2010), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference, (DCFR)* Full Edition, Comentario D al art. IV.C 2:108 DCFR, Volume II, Oxford University Press, Oxford-New York, p. 1672.

²⁰⁵ DE BARRÓN ARNICHES, P. (2011), *El contrato de servicios...*, ob. cit., p. 101.

²⁰⁶ DE BARRÓN ARNICHES, P. (2011), *El contrato de servicios...*, *ibid.*

1.2.2. El contrato de obras en el DCFR

Además de la regulación general, el DCFR contiene una regulación específica de la figura contractual del Contrato de Construcción, como lo califica el DCFR, en el Capítulo 3 del mencionado Libro. Se aborda concretamente en este apartado la regulación específica del contrato de construcción, a la vez que se profundizará en las disposiciones generales que sean traídas al caso de nuestro estudio y los artículos de otros Libros del DCFR que tengan importancia en la materia analizada.

El art. IV.C. 3:101 DCFR²⁰⁷ contiene el ámbito de aplicación (*Scope*) del Contrato de Construcción. Este artículo expone su principal área de aplicación y los supuestos en los que puede ser también aplicado con las adaptaciones necesarias. No contiene su definición, que es establecida en el Anexo 1 que define al «contrato de obra» como «aquel en virtud del cual una parte, el constructor, se compromete a construir algo para la otra parte, el cliente, o a modificar de manera sustancial un edificio ya existente u otra propiedad inmueble del cliente». Existe una diferencia importante en relación con la figura del contrato de obra en el ordenamiento civil español analizado en anteriores epígrafes.

En primer lugar, el objeto contractual es más reducido, puesto que según el DCFR el objeto del contrato es, principalmente, la construcción de estructuras inmuebles basadas en el diseño de un arquitecto u cualquier otro proporcionado por el cliente, o la modificación de «manera sustancial» de un edificio ya existente. Asimismo, se aplica realizando las modificaciones oportunas a los contratos cuyo objeto sea construir un bien, mueble o incorporal de nueva creación. Es de interés destacar, por tanto, que en una interpretación a sensu contrario, quedan excluidas las transformaciones no sustanciales de los bienes inmuebles y las modificaciones o transformaciones de bienes muebles, que en el ordenamiento español pueden constituir el objeto de un contrato de obra. Recordemos que el contrato de obra regulado en el ordenamiento civil español puede tener como objeto todas las actividades desarrolladas por el contratista dirigidas a

²⁰⁷ VON BAR, C., CLIVE, E., SCHULTE-NÖLKE, H. (Eds.), STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE and RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, ob. cit., p. 806.

un resultado, que puede ser la creación, reparación o modificación de un bien inmueble, de un bien mueble o incluso de una obra intelectual, a cambio de un precio. Los objetos anteriormente mencionados que deducimos como excluidos del ámbito de aplicación del Contrato de Construcciones son regulados en el DCFR como contratos de transformación en el Capítulo 4, art. IV.C.-4:101, que califica como procesamiento (*Processing*). La línea que separa uno de otro ámbito de aplicación a veces es muy fina y podría causar confusión.

El art. IV.C.-4:101 (*Scope, Processing*)²⁰⁸ encierra una aparente contradicción puesto que, por una parte, del primer apartado se podría interpretar que todas las obras de construcción en edificios ya existentes están excluidas del ámbito de aplicación del contrato de procesamiento, serían considerados entonces dentro del ámbito de los Contratos de Construcción incluidos en el art. IV.C. 3:101. Mientras que, por otra parte, el segundo apartado establece que el capítulo de procesamiento es aplicable en particular a los contratos que tengan por objeto la reparación, mantenimiento o limpieza de bienes inmuebles. Es por ello por lo que deducimos que no todos los contratos de obra están excluidos de los contratos de procesamiento, que incluiría la reparación de los inmuebles. A mi juicio, los dos criterios para delimitar la pertenencia a uno u otro ámbito de aplicación es el grado de transformación que en el inmueble ocasione la obra y el definir la construcción como la creación de una estructura nueva perteneciente a un inmueble existente. Si se trata de una modificación de «manera sustancial» de un edificio ya existente o de una estructura nueva, se encontrará en el ámbito de aplicación del Contrato de Construcción²⁰⁹.

²⁰⁸ El art. IV.C.-4:101 DCFR (*Scope, Processing*), establece:

«(1) *This Chapter applies to contracts under which one party, the processor, undertakes to perform a service on an existing movable or incorporeal thing or to an immovable structure for another party, the client. It does not, however, apply to construction work on an existing building or other immovable structure.*

(2) *This Chapter applies in particular to contracts under which the processor undertakes to repair, maintain or clean an existing movable or incorporeal thing or immovable structure».*

²⁰⁹ En los Comentarios sobre el DCFR encontramos respaldo a estos criterios en el Ejemplo 2: «Un techador sustituye el tejado existente de una casita de campo por un nuevo tejado de paja. Este es un ejemplo bastante tradicional de un contrato de trabajo en un bien existente, pero su definición no resulta tan fácil como parece. La sustitución del viejo tejado de un edificio por uno nuevo puede considerarse una reparación de un edificio antiguo, en cuyo caso el servicio se definirá como transformación; pero también puede considerarse la construcción de un bien nuevo (el tejado nuevo) sobre una estructura existente (el resto del edificio). En este último caso el cambio de tejado se definiría como construcción». STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE and RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, p. 832.

El trabajo de construcción sobre bienes inmuebles existentes se rige por las normas de la construcción (en sintonía también con la consideración tradicional) cuando las modificaciones en un edificio existente u otra estructura inmueble sean sustanciales. En el DCFR los contratos en los que la ejecución de la obra dé lugar a un nuevo bien en un inmueble existente son construcciones. Por ello en sentido contrario, las modificaciones no sustanciales o reparaciones en inmuebles existentes que, en consecuencia, no generen un bien de nueva creación en un inmueble existente, se consideran según el DCFR Contrato de servicio de procesamiento (Transformación).

El art. IV.C.- 3:102 DCFR establece la obligación de colaboración del comitente (calificado como cliente por la consideración del contrato de construcción como modalidad del contrato de servicios). Esta obligación consiste en facilitar acceso al lugar de realización de la obra y facilitar los componentes, materiales y herramientas, si le corresponde, cuando se considere razonablemente necesario. Este último caso, se corresponde en Derecho español con el contrato de obra sin suministro de materiales por el contratista. En la actualidad hay una tendencia a que las partes establezcan un mayor número de obligaciones de colaboración para evitar conflictos y resolver los que surjan de la forma más eficiente y rápida posible, por ello se está desarrollando en el Derecho europeo cada vez más el concepto de «colaboración» (*Partnering*) y la creación de «Juntas de estudio de conflictos» (*Dispute Review Boards*) para grandes proyectos de construcción²¹⁰.

Por su parte, el constructor tiene la obligación de evitar daños en el bien en construcción (*Obligation to prevent damage to structure*) a través de medidas de precaución razonables como establece el art. IV.C.-3:103 DCFR:

«The constructor must take reasonable precautions in order to prevent any damage to the structure».

En el Capítulo 2, como una de las reglas aplicables a los contratos de servicios en general, el art. 2:105 del Título C del Libro IV (Obligación de competencia y diligencia)

²¹⁰ VON BAR, C., CLIVE, E., SCHULTE-NÖLKE, H. (Eds.), STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE and RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, ob. cit., p. 810.

exige que el constructor cumpla las normas legales y disciplinarias aplicables a la actividad [subapartado (b) del apartado (1)], y que tome las precauciones necesarias para evitar que se produzcan daños como consecuencia de la prestación del servicio. Asimismo, el constructor durante la ejecución de la obra también debe tomar las precauciones razonables para evitar daños previsibles en la estructura.

1.2.3. La Conformidad en el contrato de obras en el DCFR

El art. IV.C.-3:104 DCFR recoge un concepto interesante, la «Conformidad» (*Conformity*), como obligación del constructor de garantizar que la estructura construida sea de la calidad y clase establecidas en el contrato²¹¹. Esta es una de las normas principales de la construcción. Según el DCFR, se considerará que el bien construido es conforme con el contrato cuando:

- 1.- Sea apto para un fin concreto que se comunique, expresa o implícitamente, al constructor en el momento de la celebración del contrato o en el momento en que se introduzcan modificaciones en virtud del Artículo 2:109 (Variación unilateral del contrato de servicios) del Título C del Libro IV; y
- 2.- Sea apto para los usos para los que se utilizan habitualmente los bienes de la misma clase.

Reparemos un momento en un concepto importante, la variación unilateral del contrato de servicios, contemplada en el art. IV. C.- 2:109 DCFR, por la que sin perjuicio del derecho del cliente a resolver el contrato, las partes pueden, previa notificación a la otra, modificar el servicio que se vaya a prestar, siempre que dicha modificación fuese razonable²¹². Según el apartado 2 del citado artículo, se considera que las modificaciones son razonables si son:

²¹¹ Art. IV.C.-3:104 DCFR: «(1) The constructor must ensure that the structure is of the quality and description required by the contract. Where more than one structure is to be made, the quantity also must be in conformity with the contract».

²¹² Según el art. IV. C.- 2:109 DCFR:

- «(a) necesarias para que el prestador del servicio pueda actuar de conformidad con lo previsto en el Artículo 2:105 (Obligación de competencia y diligencia) o, en su caso, en el Artículo 2:106 (Obligación de lograr un resultado);
- (b) consecuencia de una indicación dada de conformidad con el apartado (1) del Art. IV. C.- 2:107 (Indicaciones del cliente) y que no fuesen revocadas en un plazo razonable después de recibir una advertencia en el sentido del apartado (3) del mismo artículo;
- (c) una respuesta razonable a una advertencia del prestador del servicio en el sentido del Art. IV.C.- 2:108 (Obligación contractual del prestador del servicio de advertir al cliente); o
- (d) necesarias debido a un cambio de circunstancias que justificase una variación de las obligaciones del prestador del servicio en virtud del Artículo 1:110 (Modificación o extinción por el juez a causa de un cambio en las circunstancias) del Libro III».

Tras haber repasado el articulado acerca de la variación unilateral del contrato del DCFR, volvemos a la conformidad. Según ese artículo, el constructor deberá garantizar la adecuación de la estructura a su objeto. Si la estructura no es adecuada a su objeto, el constructor deberá demostrar que la causa de dicha circunstancia escapaba a su control. El art. IV.C.- 3:104 constituye una aplicación y una adaptación concreta del art. IV.C.- 2:106 (Obligación de lograr un resultado).

La estructura debe ser, además, adecuada al objeto o a los objetos para los que normalmente se utilizaría una estructura similar. Si el constructor no es capaz de conseguir que la estructura sea adecuada a su objeto, deberá informar al cliente de dicha circunstancia²¹³.

« (1) Sin perjuicio del derecho del cliente a resolver el contrato que se establece en el art. IV.C.- 2:111 (Derecho de resolución del contrato), las partes pueden, previa notificación a la otra, modificar el servicio que se vaya a prestar, siempre que dicha modificación fuese razonable en atención a:

- (a) el resultado que pretenda lograrse;
- (b) los intereses del cliente;
- (c) los intereses del agente; y
- (d) las circunstancias en el momento de la modificación».

²¹³ Según el resumen comparativo de los Comentarios del DCFR del art. IV.C.- 3:104: «el principio de que el resultado final del proceso de construcción (la estructura) debe ser adecuado a su objeto o, lo que es lo mismo, que no debe contener defectos, constituye un concepto esencial en las legislaciones francesa, española, alemana, austriaca y griega. En estos países, se acepta el principio de la perfección del resultado final: el constructor se encuentra sujeto a una obligación de resultado. Esto implica que el constructor será

En lo que se refiere a la conformidad, resulta de interés conocer qué influencia tiene ésta en los ordenamientos jurídicos en distintos países, en el *Common Law*, aunque los tribunales ingleses aplican en la actualidad la prueba de la «adecuación al objeto» a la construcción de casas y algunas otras estructuras, su Derecho tradicional es diferente. Si el cliente proporciona al constructor unas instrucciones detalladas, el constructor no está obligado a producir una estructura que sea adecuada a su objeto, sino que sólo está obligado a demostrar que el trabajo se llevó a cabo de acuerdo con los planos y las especificaciones, de una forma competente, y utilizando unos materiales adecuados. Si el constructor demuestra que siguió las instrucciones concienzudamente y con la debida diligencia, no será responsable si la estructura no es adecuada a su objeto. En Bélgica, los Países Bajos y Suecia, los sistemas oscilan entre el sistema inglés y el sistema de «obligación de resultado».

Por último en relación al art. IV.C.-3:104, su apartado 3 establece que: «El cliente no puede ejercer ningún recurso por falta de conformidad con el contrato si una indicación proporcionada por él en virtud del Artículo 2:107 (Indicaciones del cliente) del Título C del Libro IV es la causa de la falta de conformidad y el constructor cumplió la obligación de advertirle en cumplimiento del artículo 2:108 (Obligación contractual del prestador del servicio de advertir al cliente) del Título C del Libro IV».

En relación con los vicios o defectos, la carga que pese sobre el constructor dependerá de lo que tenga que demostrar para eludir la responsabilidad. En este sentido, el sistema que se sigue en el DCFR es que el constructor puede quedar exonerado si demuestra que el defecto ha sido provocado por las decisiones tomadas por el cliente. Dichas decisiones pueden estar recogidas en el contrato o en indicaciones posteriores, a no ser que el constructor esté sujeto al deber de advertir. Por ello, la responsabilidad está relacionada con la cantidad de control que el constructor ejerce sobre el proceso.

responsable, a no ser que demuestre que las especificaciones del cliente fueron la causa del problema y que constituyen un impedimento que escapa al control del constructor, que excusa la mala ejecución por motivo de fuerza mayor. Por supuesto, el hecho de que se pueda probar la fuerza mayor dependerá en gran medida de la forma en la que se interprete el concepto». VON BAR, C., CLIVE, E., SCHULTE-NÖLKE, H. (Eds.), STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE and RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, ob. cit., p. 814.

Por último, se puede evitar la responsabilidad si el motivo de la falta conformidad es un impedimento que escape al control del constructor, y no cabe esperar que el constructor hubiera tenido en cuenta dicho impedimento en el momento de la celebración del contrato, o evitado o superado dicho impedimento o sus consecuencias (art. 3:104 Exoneración por imposibilidad del cumplimiento).

La carga de la prueba de que la estructura no es adecuada a su objeto recae sobre el cliente (comitente). Con respecto a las reclamaciones hechas bajo el amparo del apartado 3, la carga de la prueba recae sobre el constructor.

El resumen comparativo de los Comentarios del DCFR afirma que las legislaciones sueca, española, portuguesa, alemana y neerlandesa otorgan al constructor la posibilidad de demostrar que el defecto ha sido provocado por los requisitos contractuales o por otras decisiones de las que es responsable el cliente, a no ser que el constructor debiera advertir al cliente de los posibles defectos resultantes de las mismas. El sistema francés es diferente en el sentido de que permite una excepción basada en las decisiones de las que es responsable el cliente sólo cuando el cliente sabía o tenía motivo suficiente para saber que la decisión era inadecuada, norma que en raras ocasiones se aplica. Todos los sistemas se parecen en el sentido de que permiten la exoneración en casos de fuerza mayor²¹⁴.

²¹⁴ VON BAR, C., CLIVE, E., SCHULTE-NÖLKE, H. (Eds.), STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE and RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, ob. cit., p. 815.

1.2.4. La transmisión de los riesgos en el contrato de obras en el DCFR

Como en el ordenamiento español, la entrega de la obra constituye un momento crucial en la distribución de los riesgos, pero existen algunas peculiaridades que conviene destacar. El art. IV.C.-3:106 regula la entrega de la estructura construida. El apartado (1) establece que es el constructor quien toma la iniciativa de la transmisión del control al cliente si considera que la estructura construida, o cualquiera de sus partes que fuesen aptas para su uso independiente, están terminadas de forma suficiente y el cliente debe asumir el control del bien, salvo que existan defectos importantes. Como encontramos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en España, si los defectos son de menor importancia («defectos de escasa entidad» en nuestra jurisprudencia) y aquellos que pueden ser reparados en breve período de tiempo impiden que el cliente se niegue a aceptar la obra. Por el contrario, el cliente puede negarse a recibir la obra si no es conforme al contrato y los defectos que causan falta de conformidad hacen que la obra sea inadecuada a su objeto, siendo no apta para su uso.

La novedad que introduce el DCFR es el derecho que tiene el contratista de obligar al cliente a aceptar la entrega de cualquiera de las partes de una obra que fuesen aptas para su uso independiente, salvo prohibición en el contrato (Art. IV.C.-3:106 apartado 1 y 3), y por lo tanto exigir el cumplimiento de la obligación del pago proporcional de la misma (Art. IV.C.-3:107 apartado 1). En el ordenamiento español no se le reconoce este derecho al contratista en la regulación general de las obligaciones, como recoge el art. 1169.1 CC²¹⁵.

Es interesante resaltar que el DCFR reconoce ese derecho al constructor con carácter general salvo prohibición del contrato, en contraposición a la regulación del Derecho español, por la que el contratista no podrá compeler a la recepción parcial (no tiene ese derecho) con carácter general, salvo que el contrato de manera expresa lo autorice. Es decir, el DCFR establece que la autonomía de la voluntad operaría con carácter negativo para dejar sin efecto el régimen general, mientras que en el Código Civil se establece la prohibición en general y la autonomía de la voluntad de las partes

²¹⁵ Art. 1169.1 CC: «A menos que el contrato expresamente lo autorice, no podrá compelerse al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en que consista la obligación».

podría en sentido positivo crear una excepción autorizando la obligación del comitente de aceptar las entregas parciales. El DCFR atribuye así un derecho más al constructor con respecto al cliente o comitente, que de algún modo posteriormente compensa al reconocer al cliente el derecho a retener la parte del pago del precio que resulte razonable hasta la finalización de la obra (art. IV.C.-3:107 apartado 2 DCFR). El término compensar hace referencia a un equilibrio de responsabilidades y cargas entre las partes, puesto que en general perjudica los intereses del comitente que al asumir el control de la obra habrá de correr con los riesgos de pérdida fortuita o por fuerza mayor y además pagar la parte proporcional a las entregas recibidas. A mi juicio, resulta más garantista de los derechos del comitente el ordenamiento español puesto que establece un régimen que protege al comitente de las posibles presiones del contratista de recibir entregas parciales de la obra. Si realizamos un paralelismo con la «Teoría del riesgo divisible en el contrato de obra» que se desarrollada en el Capítulo IV de la tesis, el DCFR “impone” los «riesgos fraccionados» a toda relación contractual que tenga por objeto un contrato de construcción.

Este artículo analiza por separado la transmisión del control, que constituye una obligación del constructor, y la aceptación que es una obligación del cliente o comitente. Por una parte, en cuanto a la entrega, ésta se deberá producir en el momento en el que se determine en el contrato o en virtud de las normas generales sobre el momento del cumplimiento (artículo 2:102 (Momento del cumplimiento) del Libro III).

Por otra parte, en lo relativo al plazo de aceptación de la obra por el cliente existe una divergencia con respecto a lo establecido en el ordenamiento español. Mientras que la LOE establece un plazo de treinta días para la recepción de las obras inmobiliarias trascurrido el cual se entenderá producida la recepción tácitamente si el promotor no ha puesto de manifiesto reservas o rechazo motivado por escrito, el DCFR no establece un plazo determinado para la aceptación, sino que menciona que ha de ser un «plazo razonable» desde que el constructor le notifique su intención. Esta opción resulta conveniente en atención a la divergencia de ordenamientos jurídicos nacionales en Europa y el establecimiento de un plazo determinado no respondería al carácter europeo del DCFR.

Cuando el apartado (2) del citado artículo menciona que al constructor no se le exime ni total ni parcialmente de su responsabilidad por el hecho de que el cliente asuma el control, se está refiriendo a que la aceptación del cliente de la obra no supone la renuncia a sus derechos derivados del incumplimiento de las obligaciones del constructor. Sobre este asunto por su interrelación con los riesgos volveremos posteriormente.

Si el cliente no acepta el control sobre la estructura cuando esté obligado a hacerlo (lo que en Derecho español se correspondería con la *Mora creditoris*), es posible que el constructor de un bien mueble corporal pueda acogerse a la regla del artículo 2:111 (Negativa a recibir un determinado bien) del Libro III. En concreto, el constructor puede depositar la estructura en manos de un tercero, o incluso venderla, aunque siempre previa notificación al cliente con una antelación razonable. Se empleará esta regla habida cuenta de que este remedio jurídico deberá aplicarse teniendo presentes los intereses del cliente.

Además de lo anteriormente mencionado, en cuanto al pago del precio, el art. IV.C.-3:107 DCFR establece que deviene exigible en el momento de la transmisión del control, que es equivalente a la entrega en el ordenamiento español, por lo que contempla el mismo momento de transmisión de los riesgos. Se establece la posibilidad de retener parte del precio cuando queden obras pendientes después de transferidas al cliente, como hemos expuesto anteriormente.

1.2.5. La distribución de los riesgos *inter partes* en caso de pérdida y el *relevant time* en el contrato de obras en el DCFR

Los riesgos (*risks*) se regulan en el art. IV.C.-3:108 DCFR²¹⁶. El régimen jurídico aplicable a los riesgos en este artículo, según su apartado 1, comprenden la destrucción o daño en la obra, que se corresponde con el concepto de pérdida fortuita o fuerza

²¹⁶ Art. IV.C.-3:108 DCFR: Riesgos

«(1) El presente Artículo es aplicable en los casos en que la estructura resulta destruida o dañada debido a un suceso que el constructor no podría haber evitado ni superado y no se le pueda exigir responsabilidad alguna por su destrucción o daños». Traducción oficial de JEREZ DELGADO, C.(Coord.)(2015), *Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil Europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)*, BOE.

mayor en el Derecho español. Por tanto, incluye tanto la pérdida total como parcial «debido a un suceso que el constructor no podría haber evitado ni superado y no se le pueda exigir responsabilidad alguna por su destrucción o daños».

Si establecemos un paralelismo con la «Teoría del riesgo divisible» (conceptualizada en esta tesis doctoral, en el Capítulo IV), los «sucesos» que desencadenan la destrucción o daño del DCFR pueden asimilarse a las «contingencias o incidentes», y éste contempla el riesgo principal o riesgo por pérdida fortuita, no el riesgo de pérdida por culpa del contratista. El apartado 2 del citado artículo, introduce para la transmisión de los riesgos el concepto de «momento relevante» (*relevant time*), que define como el momento en el que el control del bien deba transferirse al cliente, el momento en que dicho control se transfiera o debería haberse transferido en virtud del artículo 3:106 (Entrega de la estructura construida) del Título C del Libro IV; y en los demás casos, el momento en que se finalice la obra y el constructor informe de ello al cliente. Ese momento relevante, momento en el que se transmite el riesgo, como ocurre en el ordenamiento español (arts. 1589 y 1590 CC) es la entrega de la obra. Este artículo del DCFR establece tres posibilidades y la distribución de los riesgos en cada una de ellas como exponemos seguidamente:

1.- *Pérdida por suceso ocurrido antes del momento relevante y es posible el cumplimiento* (art. IV.C.-3:108 DCFR apartado 3): los riesgos son asumidos por el constructor (salvo pérdida de materiales aportados por el comitente, letra e) al establecer este artículo que:

- a) El constructor deberá prestar el servicio (ejecución de la obra) o, en su caso, volver a prestarlo.
- b) El cliente sólo estará obligado a abonar el servicio prestado por el constructor en la entrega.
- c) El plazo para la prestación del servicio se prolongará en virtud de lo dispuesto en el apartado (6) del Artículo 2:109 (Variación unilateral del contrato de servicios) del Título C del Libro IV.
- d) Podrá aplicarse a la prestación original del constructor lo dispuesto en el Artículo 3:104 (Exoneración por imposibilidad del cumplimiento) del Libro III.

Es conveniente aclarar que la aplicación de la Exoneración por imposibilidad del cumplimiento (*excuse due to an impediment*) requiere que el impedimento que impide el cumplimiento escape al control del deudor, que no pueda haberse tenido en cuenta y que resulte imposible de superar.

e) El constructor no estará obligado a indemnizar al cliente por los daños en los materiales suministrados por éste.

2.- Pérdida por suceso ocurrido antes del momento relevante e imposibilidad del cumplimiento del contrato (art. IV.C.-3:108 DCFR apartado 4): en este caso los riesgos son compartidos, la pérdida de su trabajo es asumida por el constructor y la pérdida de los materiales por el cliente si éste los suministró, puesto que dicho artículo establece que:

- a) El cliente no tendrá que pagar el servicio prestado.
- b) Podrá aplicarse a la prestación del constructor lo dispuesto en el art. 3:104 (Exoneración por imposibilidad del cumplimiento) del Libro III.
- c) El constructor no estará obligado a indemnizar al cliente por los daños en los materiales suministrados por éste, pero deberá devolverle la estructura o lo que quede de ella.

3.- Pérdida por suceso ocurrido después del momento relevante (art. IV.C.-3:108 DCFR apartado 5): en este caso el riesgo es asumido por el cliente o comitente puesto que se establece que:

- a) El constructor no tendrá que volver a prestar su servicio.
- b) El cliente seguirá estando obligado a abonar el precio.

Para completar y comprender el sistema de riesgos que establece el DCFR es necesario tener en cuenta la relación con el art. IV. C.-3:104 (conformidad), según el cual el constructor es responsable si la estructura no es adecuada a su objeto (y el defecto no es atribuible al cliente porque ha sido provocado por una indicación respecto a la cual no existía ningún deber de advertir). Según los comentarios al DCFR: «Los ordenamientos de los diversos países de la UE difieren respecto de la distribución del

riesgo en el periodo anterior a la terminación de la estructura por parte del constructor. Algunos países son más benévolos que otros con el deudor»²¹⁷.

Por lo que respecta a los materiales suministrados por el cliente, la regla general en la mayoría de los países es que el constructor sólo tiene el deber de protegerlos con la diligencia correspondiente a las circunstancias del caso. La conclusión natural es que, en caso de un suceso que provoque la pérdida o daño de la obra no derivado del incumplimiento de ninguno de los deberes del constructor, el cliente deberá volver a suministrar los materiales, deberá pagar el precio y no tendrá derecho a recibir ninguna indemnización del constructor. Ese es el sistema que rige en Inglaterra, Suecia, los Países Bajos, Bélgica, Francia, Italia, Alemania, Austria, Grecia y Portugal²¹⁸.

A diferencia del ordenamiento español, el DCFR no contempla la posibilidad de que el contratista o constructor suministre los materiales y no explica quién asumiría el riesgo en dicho supuesto.

Cuando se materializa el riesgo y una contingencia provoca la pérdida o daño en la obra, éstas pueden causar el incumplimiento del contrato. Las causas del incumplimiento se atribuirán normalmente a una de las partes. En los contratos de construcción cada una de las partes soportará normalmente las consecuencias de sus propias decisiones si el resultado de la cooperación contractual no es satisfactorio.

El DCFR realiza aportaciones importantes sobre el incumplimiento del contrato y los remedios jurídicos aplicables al mismo²¹⁹.

²¹⁷ VON BAR, C., CLIVE, E., SCHULTE-NÖLKE, H. (Eds.), STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE and ACQUIS GROUP, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, p. 828.

²¹⁸ VON BAR, C., CLIVE, E., SCHULTE-NÖLKE, H. (Eds.), STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE and ACQUIS GROUP, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, *ibid*.

²¹⁹ GÓMEZ CALLE, E. (2012) «Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador de Marco Común de Referencia», *ADC*, núm. LXV-I, enero 2012.

Si se desea profundizar en esta cuestión véase, a este respecto, a los autores DÍEZ-PICAZO y MORALES MORENO puesto que la modernización de la regulación del incumplimiento contractual está siendo acometida por la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos (PMCC) desarrollada por la Sección Primera, de Derecho civil, de la Comisión General de Codificación de la que forman.

Hasta aquí el análisis de las principales semejanzas y diferencias de la regulación del ordenamiento español en materia del contrato de obras, con especial énfasis a la transmisión de los riesgos.

2. EL MODELO DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR CUMPLIMIENTO DEFECTUOSO DEL CONTRATO DE OBRAS EN EL DERECHO ALEMÁN

El Derecho contractual europeo, especialmente el DCFR, realiza como aportación sustancial, según DE BARRÓN ARNICHES: «una sistemática unificada que incardina el contrato de obra, con toda su filosofía de resultado y de la exigencia de conformidad entre lo acordado por las partes y lo entregado por el ejecutor de la obra, dentro del concepto más general y omniabarcante de *prestación de servicios*»²²⁰. Esta inclusión del contrato de obras en el concepto de prestación de servicios sólo está plenamente contemplada por el Derecho del *Common Law*, y de forma muy residual, en el Código civil de Austria y Portugal²²¹.

Por contraposición, en el ordenamiento jurídico alemán, el contrato de servicios se regula de forma separada al contrato de obra. Asimismo, en el ordenamiento jurídico español, aunque el Código Civil en su art. 1544 CC contempla el contrato de obra bajo la denominación de *arrendamiento de servicios*²²², el contrato de obra recibe un tratamiento diferenciado. Ciertamente, el Código Civil contempla una detallada regulación sobre el contrato de obra, no ocurriendo de tal modo con el contrato de servicios cuya laguna normativa en el Código Civil ha suplido la jurisprudencia. Si bien, los arts. 1588-1600 CC están ideados para el contrato de edificación y no proporcionan soluciones a los actuales problemas de la contratación de obras mueble e inmateriales. El cambio de perspectiva del Marco Común de Referencia es la tipicidad del contrato de servicios, y por ende, la unificación del concepto objetivo de cumplimiento contractual,

²²⁰ DE BARRÓN ARNICHES, P. (2017), *Las obligaciones de hacer en el Derecho Privado Europeo. Contratos de obra y de servicios*, Biblioteca de Derecho Europeo, Ediciones Olejnik, Santiago-Chile, pp. 107 y ss.

²²¹ Arts. 1151 CC austriaco y 1155 CC portugués.

²²² Art. 1544 CC: «En el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar un servicio a la otra por precio cierto».

partiendo del concepto de *conformidad*. El criterio judicial español es también considerar como categoría general todas las prestaciones de hacer a cambio de un precio, para posteriormente distinguir y concretar, según los supuestos de hecho, los distintos modelos de contratación.

El estudio comparativo del contrato de obra en Alemania y España, realizado por un grupo de profesores de las Universidades de Münster y Granada durante los años 2009 y 2010, conformado por seis trabajos científicos, revela importantes aportaciones observadas entre ambos sistemas del contrato de obra. En el primero de los trabajos, Margarita Jiménez Horwitz, analiza la todavía existente dicotomía del contrato de obra y de servicios en el sistema español, que persiste, aunque se esté produciendo un cambio de tendencia hacia la unificación a nivel europeo como muestra el DCFR. En el Derecho alemán, el Código Civil Alemán, en alemán *Bürgerliches Gesetzbuch* (en adelante su abreviatura, BGB), construye el contrato de obra sobre la idea de resultado, lo que ha creado un sistema uniforme y claro de responsabilidad por defectos en la obra. En contraposición, en España la configuración del resultado como elemento característico del contrato de obra es de creación jurisprudencial²²³. No existe un auténtico sistema de responsabilidad por defectos de obra en el Derecho español. Entre las principales diferencias entre ambos ordenamientos jurídicos, en el Derecho alemán ambos contratos configuran verdaderos modelos contractuales, lo que permite la inclusión de las distintas modalidades contractuales de prestaciones de hacer al contrato de servicios o de obra, a diferencia del derecho español que no tiene un modelo contractual de servicios y de obra.

En ambos sistemas se ha producido un cambio de tendencia doctrinal debido a la influencia del Derecho contractual europeo. El contrato de prestación de servicios alemán, el denominado *Dienstleistungsvertrag*, llamado en el DCFR *services*, que abarca las prestaciones de servicios (caracterizadas por el esfuerzo del deudor de obtener un resultado) y de obra (basadas en obtener efectivamente el resultado). En las prestaciones de servicios prima en mayor medida el esfuerzo para obtener el resultado que la diligencia del deudor para satisfacer al acreedor.

²²³ SCHULZE, R. y ALBIEZ DOHRMANN, K.J. (2012), «Las líneas centrales del estudio comparativo del contrato de obra en Alemania y España», *ADC*, tomo LXV, 2012, fasc. II, pp. 548 y ss.

2.1. LA REFORMA DEL DERECHO DE OBLIGACIONES ALEMÁN DE 2002

La idea de la reforma del Derecho de obligaciones alemán no es nueva, ha conformado una prioridad para los gobiernos alemanes y para la doctrina alemana durante mucho tiempo. Ya en 1978 el Ministro de Justicia alemán, el Sr. Hans-Jochen Vogel, presentó al Parlamento alemán («Bundestag») una propuesta de reforma, entre cuyos retos se encontraba la mejora de algunas relaciones jurídicas reguladas en el BGB como el contrato de compraventa, el contrato de obra y el Derecho de enriquecimiento injusto²²⁴. Posteriormente, el Ministerio de Justicia encomendó una serie de dictámenes a destacados juristas, que fueron publicados entre 1981 y 1983²²⁵.

En 1984 el Ministro de Justicia, el Sr. Engelhard, impulsó la creación de una Comisión que se trabajó sobre el Derecho de la alteración de la prestación o perturbación del contrato («Recht der Leistungsstörungen»), la responsabilidad por vicios («Mängelhaftung») en el contrato de compraventa y en el de obras y la prescripción («Verjährung»). La Comisión preparó propuestas al legislador sobre estas materias considerando las conclusiones de la jurisprudencia y de la praxis²²⁶. Esta Comisión presentó su Informe Final en 1992, que en relación con el *Derecho de la alteración de la prestación* se guió en muchos aspectos por el Convenio de Naciones Unidas sobre la Compraventa internacional de mercaderías²²⁷. Según Francisco José INFANTE RUIZ: «La diferencia esencial con este Convenio residía en que el Informe de la Comisión mantenía, según la tradición, el principio culpabilístico para la obligación de indemnización de daños y perjuicios, mientras que el Convenio de Viena excluye solamente la responsabilidad del deudor en caso de que la alteración de la prestación se produzca como consecuencia de un impedimento externo a su esfera de

²²⁴ INFANTE RUIZ, F. J. (2002), «Apuntes sobre la reforma alemana del derecho de obligaciones: la necesitada modernización del derecho de obligaciones y la gran solución», *Revista de Derecho Patrimonial*, Aranzadi, 1- 8, p. 155.

²²⁵ Estos dictámenes son los conocidos *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Band I, 1981, Band II, 1981; Band III, 1983.

²²⁶ Así el Ministro de Justicia ENGELHARD, *NJW*, 1984, p. 1201 (cf. en ZIMMERMANN, R. (2001): «Schuldrechtsmodernisierung», *JZ*, 4, p. 177), a quien cifra para esta reseña histórica INFANTE RUIZ, F.J. (2002), «Apuntes sobre la reforma alemana del derecho de obligaciones...», *ibid.*

²²⁷ ZIMMERMANN, R.: *ob. cit.*, p. 177.

influencia y no previsible por él. Por lo demás, previó el Informe de la Comisión un *Derecho de prescripción* más fuertemente unificado que el existente «de lex lata»²²⁸.

El proceso de Modernización culmina con la ratificación por la Cámara Alta alemana de la Ley sobre la Modernización del Derecho de Obligaciones en su sesión de 9 de noviembre de 2001, entrando en vigor el 1 de enero de 2002. La Reforma alemana de 2002 ha supuesto un cambio de estructura en la responsabilidad civil por cumplimiento defectuoso en el contrato de obra, según Stephanie SENDMEYER. Al analizar los vigentes §§633 y ss. BGB se puede plantear cómo fue el proceso, si fue el contrato de compraventa el que influyó en el contrato de obra o se produjo a la inversa. Inicialmente, pudiera parecer que la Reforma alemana se ha visto influenciada por la regulación del contrato de compraventa, reformado por la Directiva 1999/44/CE, no siendo de tal modo. Según algunos autores de la doctrina alemana, ha sido el modelo de responsabilidad civil del contrato de obra alemán el que ha influido positivamente en la reforma de la responsabilidad civil de la compraventa²²⁹.

La Reforma alemana de 2002 diseña un nuevo sistema de prescripción, que según la doctrina especializada²³⁰, está basada en tres notas características: acortamiento de los plazos, unificación de los plazos y conexión al criterio de la reconocibilidad para el comienzo de la prescripción. El plazo de prescripción ordinario se establece con la Modernización en tres años (§195 BGB). La Modernización, en relación al Derecho del contrato de obras constituye una normativa radicalmente nueva. El §634a BGB distingue si la obra consiste en la fabricación o modificación de una cosa, o bien, en cualquier otro resultado. En los primeros casos es de aplicación el plazo de prescripción de dos años previsto para la compraventa (o cinco años para edificaciones), cuyo cómputo se inicia con la recepción de la obra. En el segundo caso, en obras de carácter

²²⁸ INFANTE RUIZ, F. J. (2002), «Apuntes sobre la reforma alemana del derecho de obligaciones: la necesitada modernización del derecho de obligaciones y la gran solución», *Revista de Derecho Patrimonial, Aranzadi*, 1- 8, p. 156, basado en ZIMMERMANN, R.: lug. últ. cit.

²²⁹ SCHULZE, R. y ALBIEZ DOHRMANN, K.J. (2012), «Las líneas centrales del estudio comparativo del contrato de obra en Alemania y España», ob. cit., p. 549.

²³⁰ ZIMMERMANN, R., LEENEN, D., MANSEL, H.P. y ERNST, W. (2001), «Finis Litium? Zum Verjährungsrecht nach dem Regierungsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes», *JZ*, 13, p. 686, en INFANTE RUIZ, F. J.: lug. últ. cit.

«incorporal», se aplica el sistema de la prescripción ordinaria, que tiene como consecuencia la subjetivación del comienzo de la prescripción²³¹.

2.2. EL MODELO DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR CUMPLIMIENTO DEFECTUOSO DEL CONTRATO DE OBRAS EN EL DERECHO ALEMÁN Y SU EFECTO MITIGADOR DE LOS RIESGOS

En el estudio comparativo al que se hace referencia anteriormente uno de los temas centrales es la responsabilidad civil por cumplimiento defectuoso del contrato de obra. La versión de 1900 del BGB ya reguló un sistema ordenado de responsabilidad civil específico para el contrato de obra. El BGB establecía unas normas generales de responsabilidad civil (§275 ss. BGB) y un régimen especial de responsabilidad a partir de la recepción de la obra (§633 ss. BGB). La Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones de 2002 ha reformado las normas generales y especiales en esta materia.

Los nuevos §§633 ss. BGB regulan un modelo de sumo interés para la doctrina civilista española, dado que el Código Civil español carece de un sistema de responsabilidad civil por cumplimiento defectuoso del contrato de obra. El §634 BGB regula los derechos del cliente en caso de cumplimiento defectuoso y delimita el contenido de tales derechos. El análisis de esta materia es crucial porque el establecimiento de un sistema como el alemán permite responder a los riesgos del contrato de obra desde la regulación en el propio BGB. Esta opción es jurídicamente preferible y óptima, frente a la existente respuesta jurisprudencial española, dada la inexistencia de modelo jurídico en la materia. En el Código Civil tan solo consta el art. 1591 CC, que después de la LOE tiene un valor jurídico poco significativo, siendo las normas generales del contrato las aplicables. Algunos autores proponen la aplicación de las normas de saneamiento por vicios ocultos del contrato de compraventa. Serán de aplicación, dependiendo del objeto del contrato, la LOE o el TRLGDCU.

La reforma del Código Civil español en la materia debe estar guiada por tres ideas fundamentales. En primer lugar, el contrato de obra debe estar regido por el principio de

²³¹ INFANTE RUIZ, F. J. (2002), «Apuntes sobre la reforma alemana del derecho de obligaciones...», ob. cit., p. 161.

conformidad, considerando que la falta de conformidad del comitente con la obra es un cumplimiento defectuoso. En segundo lugar, se debe facilitar el cumplimiento posterior del contrato de obra. En tercer y último lugar, se deben proteger igualmente los intereses del contratista²³².

La falta de uniformidad y claridad del Derecho español se contrapone al sistema alemán, que se caracteriza por la coherencia y exhaustividad en la configuración del modelo, que establece en el §634a BGB definidos límites temporales de las acciones (remedios) y de las garantías del comitente frente al contratista en caso de obra defectuosa. El sistema de responsabilidad civil por cumplimiento defectuoso del contrato de obra alemán mitiga los riesgos contractuales porque establece límites temporales de las acciones y garantías del comitente frente al contratista en caso de cumplimiento defectuoso de la obra. La responsabilidad contractual *inter partes*, de una parte del contrato frente a la otra, no debe ser ilimitada en el tiempo puesto que la no limitación temporal provoca indefensión a la contraparte y un desequilibrio en el reparto de los riesgos. En la contratación es preciso establecer un equilibrio en la distribución de los riesgos *inter partes*, refiriéndonos a aquellos riesgos que puedan ser objeto de distribución conforme al Principio de autonomía de la voluntad regulado por el art. 1.255CC, como pudiera ser el acuerdo de qué parte contractual asume el Riesgo de demanda o el Riesgo de Disponibilidad²³³. Nuestro ordenamiento permite plazos diversos: 15 años para la responsabilidad civil contractual en general, 30 días o 6 meses según el contrato de obra sea mercantil o civil si se quieren aplicar las normas de saneamiento por vicios ocultos. Según el art. 17 LOE resultan aplicables otros plazos para las obras de edificación, que serán 10 años por los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que comprometan la estabilidad del edificio, 3 años por los daños materiales que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad del art. 3.1 c) y 1 año por daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras.

²³² ALBIEZ DOHRMANN, K. J. en SCHULZE, R. y ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (2012), «Las líneas centrales del estudio comparativo del contrato de obra en Alemania y España», ob. cit., p. 550.

²³³ MELGAREJO VARGAS, A. (2017), «La distribución de los riesgos *inter partes* en la colaboración público-privada y su incidencia práctica internacional. Análisis comparativo de riesgos del contrato de obra en el Código Civil y el contrato de colaboración público-privada», *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 42, Enero-Abril 2017, Aranzadi, p. 14.

En cuanto al contrato de obra con aportación de materiales, se ha producido la reforma del §651 BGB por la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones 2002, que ahora distingue entre el suministro de cosas muebles por producir (*herzustellen*) o por fabricar (*erzeugen*). La Reforma acentúa todavía más la relación entre contrato de obra con suministro de materiales y el contrato de compraventa. Muchos supuestos ubicados anteriormente en el contrato de obra, son actualmente asignados al contrato de compraventa, lo que genera nuevos problemas jurídicos entre los que se encuentra la adquisición de la propiedad de los materiales que se incorporan a la obra²³⁴.

Al contrato de ejecución de obra con suministro de materiales, aquel que tiene por objeto la entrega de bienes muebles a producir o fabricar, p.ej., la confección de un vestido, aplican las normas del derecho de compraventa, donde ya no importa quién ha suministrado la tela de la cual se va a producir la obra. El empresario del contrato de obra con suministro de materiales está igualmente obligado según los §§651 y 433.1.2 BGB a una prestación sin vicios y tiene el derecho a la subsanación (como el otro lado de la moneda de su obligación); al cliente de una cosa fungible se le quita entonces el derecho hasta ahora vigente de reclamar inmediatamente la redhibición o la reducción. La diferencia entre los derechos de garantía del contrato de compraventa y los del contrato de obra estriba en que en el derecho de compraventa el comprador, es decir, el cliente en el contrato de obra (§439.1 BGB), tiene contra el empresario (§635.1 BGB) el derecho de escoger entre las diversas clases de cumplimiento posterior, y que el contrato de obra prevé, a diferencia del derecho de compraventa, un derecho de auto-ejecución (§637 BGB)²³⁵.

El contenido del derecho del contrato de obra ha experimentado mucha menos variación que el del derecho de compraventa, puesto que anteriormente a la reforma el empresario ya estaba obligado a la producción de una obra sin vicios y, en el caso de un vicio material, a la subsanación. Si bien en lo que se refiere a la redacción se ajustaron los preceptos sobre los derechos de garantía del contrato de obra a los preceptos del derecho de garantía de la compraventa, en lo material se acercaron los derechos de

²³⁴ Según el trabajo del Profesor Christoph BUSCH, mencionado en SCHULZE, R. y ALBIEZ DOHRMANN, K.J. (2012), «Las líneas centrales del estudio comparativo del contrato de obra en Alemania y España», ob. cit., p. 550.

²³⁵ EHMANN, H., SUTSCHET, H. (2006), *La Reforma del BGB. Modernización del derecho alemán de obligaciones*, Universidad Externado de Colombia, Editorial Cordillera, Bogotá, pp. 323 y ss.

garantía de la compraventa a los del contrato de obra. Tras la modernización dejan de existir en Alemania reglas particulares para el contrato de obra frente a la compraventa en relación a los vicios²³⁶, derogándose el §651. Esto supone que se aplican a este contrato, al igual que en la compraventa, las normas de la perturbación del contrato para los casos de obras entregadas con vicios o defectos (materiales o jurídicos), de forma que no se estatuyen reglas especiales sobre la garantía. Hay variaciones mínimas con el contrato de compraventa en esta materia.

Los motivos de la Reforma del Derecho de la «alteración de la prestación» o de la «perturbación del contrato» se debían según la Ministra de Justicia, la Sra. Herta DÄUBLER-GMELIN, principalmente a dos defectos en el sistema anterior. Por una parte, difícil regulación de una forma de perturbación del contrato rara en la práctica, la imposibilidad de la prestación («Unmöglichkeit der Leistung»), que prevía para cada diferenciación una solución diversa. Por el contrario, la forma de perturbación más importante en la práctica, el cumplimiento defectuoso («Schlechterfüllung»), en el Derecho general del incumplimiento no se trataba para nada, y en cuanto a la parte especial sólo se preveía de una manera fraccionaria, regulándose en cada momento de diferente manera²³⁷. Con la Reforma de 2002, en el §275 BGB la imposibilidad se restablece como motivo de exclusión de la prestación primaria, es decir, de la prestación «in natura», amparando así el §275 todos los supuestos de imposibilidad²³⁸. El §275 se aplica no sólo a la imposibilidad objetiva, sino también a la incapacidad, utilizando el precepto la expresión la prestación «sea imposible *al deudor*»²³⁹. El §275 se aplica no sólo a la imposibilidad sobrevenida sino también a la imposibilidad inicial (objetiva o subjetiva).

²³⁶ DÄUBLER-GMELIN, H., «Die Entscheidung für die so genannte Große Lösung bei der Schuldrechtsreform», p. 2285, en INFANTE RUIZ, F. J., ob. cit., p. 168.

²³⁷ INFANTE RUIZ, F. J. (2002), «Apuntes sobre la reforma alemana del derecho de obligaciones...», ob. cit., p. 163.

²³⁸ Cfr. esta afirmación en CANARIS, C.-W. (2001), «Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen», JZ, 10, p. 499 en INFANTE RUIZ, F. J., ibid., nota 71.

²³⁹ DAUNER-LIEB, ARNOLD, DÖTSCH y KITZ, «Anmerkungen und Fragen zur konsolidierten Fassung des Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes», p. 27; CANARIS, ob. cit., p. 499, en INFANTE RUIZ, F. J., ob. cit., p. 164.

2.2.1. El Concepto de «vicio» en el contrato de obras y los Derechos de garantía en el Derecho alemán

Según el §633 I BGB el empresario debe proporcionar al cliente (ordenante) la obra libre de vicios materiales y jurídicos. De acuerdo con el derecho vigente antes de la reforma, ya el empresario estaba obligado a la producción de una obra libre de defectos. La novedad es que el vicio jurídico (p.ej., la música compuesta como obra por encargo infringe el derecho de autor de un tercero), antes no reglamentado en el derecho del contrato de obra, sino que se aceptaba²⁴⁰ como incluido en el derecho de garantía de la compraventa, en adelante está sometido al derecho de garantía del contrato de obra.

El concepto de «vicio» se define en el §633.2 BGB, apoyado en el §434 BGB. Por su parte, el §434 BGB establece que: «La cosa está libre de defectos materiales si, al transmitir el riesgo, la cosa tiene la calidad acordada». La ley en el derecho de compraventa y en el derecho del contrato de obra no utiliza más el término *defecto* sino que lo ha sustituido por el término *vicio*, que es el concepto general para vicios materiales y jurídicos. Sin embargo, en el §633.2 BGB se utiliza el término *defecto* como sinónimo de vicio material, de acuerdo con éste artículo, una obra es defectuosa si:

1. No tiene la calidad acordada (párrafo II 2 frase 1.^a) o, en tanto que la calidad no fue acordada,
2. No es adecuada para el propósito supuesto según el contrato (párrafo II frase 2.^a n° 1), “por lo demás” quiere decir si una determinada idoneidad no está acordada o supuesta.
3. No es adecuada para el propósito habitual (párrafo II frase 2.^a n° 2, 1.^a alternativa).
4. No tiene la calidad habitual de obras de la misma clase, que el ordenante pueda esperar (párrafo II 2 frase 2.^a n° 2, 2.^a alternativa).

La obra se considera además como defectuosa, si el empresario:

²⁴⁰ STAUDINGER, PETERS, §633, n.m. 48; ERMAN, SEILER, §633, n.m. 5; PALANDT, SPRAU, antes del §633, n.m. 1.

5. Produce otra obra en lugar de la obra ordenada (párrafo II frase 3.^a 1^a alternativa).
6. Produce la obra en una cantidad demasiado pequeña (párrafo II frase 3.^a 2^a alternativa)²⁴¹.

En esencia, lo trascendente a este respecto es observar qué calidad debe tener la obra según el acuerdo de las partes, en caso de no haberse acordado una determinada calidad, se analizará si la obra es adecuada al propósito supuesto según el contrato; si no se hubiesen acordado ni la calidad ni el propósito, la obra debe tener la calidad habitual en las obras de la misma clase. Desviaciones de la misma constituyen un «vicio», que tiene como consecuencia los derechos de garantía del ordenante conforme a los §634 BGB y siguientes.

Los derechos de garantía que el ordenante puede ejercer si la obra está afectada de un vicio material o jurídico, de conformidad con el §634 BGB, son los que a continuación se describen:

- Reclamar el cumplimiento posterior.
- Llevar a cabo una auto-ejecución (*Selbstvornahmerecht*) y reclamar el reembolso de los gastos requeridos para este fin.
- Desistir.
- Reducir la compensación.
- Reclamar una indemnización por daños y perjuicios.

En el Derecho alemán se establece un auténtico sistema de garantías, en el que se establecen prelación entre las distintas garantías a través del establecimiento de plazos. Como en el derecho de la compraventa, la prelación del cumplimiento posterior se asegura a través del requisito de la fijación de plazo de los §§323.1 y 638.1.1 BGB antes de la ejecución del derecho de desistimiento o del derecho a la reducción, y del §281.1 BGB antes de la invocación del derecho a indemnización por daños y perjuicios, así como del §637.1 BGB antes de llevar a cabo la auto-ejecución²⁴². Como novedades, a diferencia con el derecho anteriormente vigente, el desistimiento y la reducción son

²⁴¹ EHMANN, H., SUTSCHET, H. (2006), *La Reforma del BGB. Modernización del derecho alemán...*, ob. cit, p. 325.

²⁴² RAAB, en DAUNER-LIEB. *Lehrbuch*, cap. 9, n.m. 23.

ahora derechos potestativos. También se pueden hacer valer paralelamente el desistimiento o la reducción y la indemnización por daños y perjuicios (§325 BGB)²⁴³.

2.2.2. El cumplimiento posterior

En el caso de entrega de una obra defectuosa en primer lugar el ordenante debe dar al empresario una oportunidad para el cumplimiento posterior, en virtud del §635.1 BGB. El cumplimiento posterior se puede realizar con una nueva producción o mediante la subsanación. A diferencia del derecho de compraventa, la elección entre las clases de cumplimiento posterior le corresponde al empresario. Es el empresario el que, según regula el §635.2 BGB, debe soportar el coste del cumplimiento posterior. Si bien, el derecho de garantía de cumplimiento posterior asumiendo los costos el empresario no es absoluto, sino que encuentra su límite si concurren «costos desproporcionados». Este término perfila el derecho de garantía para evitar provocar situaciones de exceso o abuso de derecho de una parte sobre la contraparte. De este modo, si el cumplimiento posterior es posible solamente con costos desproporcionados²⁴⁴, el empresario puede rehusarse a él incluso por debajo del límite del §275.2 BGB (§635.3 BGB). La debilidad que pudiera identificarse en la redacción del §635.3 BGB es que no contiene ninguna reglamentación sobre qué se considera un «costo desproporcionado», entendemos que pudiera haberse recogido un tanto porcentual, *verbi gratia*, un porcentaje sobre el total del presupuesto de la obra. Esta laguna se resolverá mediante Jurisprudencia atendiendo al caso concreto.

La pretensión al cumplimiento posterior está antepuesta a los otros derechos del ordenante mediante la fijación de plazo en los §§637.1, 323.1, 638.1 y 281.1 BGB. El §636 BGB prevé que el requisito de fijación de plazo es prescindible también, con

²⁴³ EHMANN, H., SUTSCHET, H. (2006), *La Reforma del BGB. Modernización del derecho alemán...*, ob. cit., p. 324.

²⁴⁴ EHMANN, H.; SUTSCHET, H. (2006), *La Reforma del BGB. Modernización del derecho alemán...*, ob. cit., n. p. en pp. 326 y 327: Los reformistas opinan que el empresario puede rehusarse al cumplimiento posterior regularmente ya, si el vicio estaba basado en un error de un proveedor y el empresario mismo no debe responder por el vicio (BT-DRUCKS. 14/6040, p. 265): «aquí le será inexigible regularmente un cumplimiento posterior al empresario de obra». Pero no se trata de la «exigibilidad», sino de los «costos desproporcionados», como el §635.3 reza expresamente. Si el empresario tiene un derecho de cumplimiento posterior en contra de su proveedor, que él puede ejecutar sin costos, según los §437 n° 1, §439.2, entonces no es comprensible, porque el empresario podría invocar el §635.3, cuando él no tiene ninguna culpabilidad.

excepción de los casos de los §§281.2 y 323.2 BGB, si el empresario rehúsa al cumplimiento posterior en virtud del §635.3 BGB o si el cumplimiento posterior ha fracasado o le es inexigible al ordenante. A diferencia del §440 BGB, no se determina más en detalle cuándo se considera un cumplimiento posterior como fracasado. En este asunto se debe recurrir a la jurisprudencia del §11 n°10 b ABGB, según la cual el cumplimiento posterior por lo menos en aparatos técnicos simples habrá fracasado después de un intento frustrado; por los demás hay que examinar el caso específico y se pueden exigir hasta tres intentos²⁴⁵. La Jurisprudencia está supliendo de este modo una laguna legislativa que tiene trascendencia en la transmisión de los riesgos en el contrato de obra. Si se entiende que el cumplimiento posterior ha fracasado no se transmite el riesgo puesto que no se ha producido una entrega conforme de la obra, que sería la que tendría un efecto liberador del riesgo para el contratista. Ante un cumplimiento posterior fracasado es el contratista quien sigue soportando el riesgo y continúa obligado por los demás derechos de garantía del ordenante, como pudiera ser a través de la auto-ejecución, reducción de la compensación o reclamación por daños y perjuicios.

A diferencia con la regulación anterior el derecho de cumplimiento posterior no se extingue con el vencimiento sin éxito del plazo, sino solo con la invocación del derecho a la indemnización por daños y perjuicios (§281 IV)²⁴⁶ o con la recepción de la declaración de desistimiento. La no extinción del derecho de cumplimiento posterior por el mero transcurso del plazo sin que se culmine el cumplimiento reporta un blindaje del derecho de cumplimiento posterior, constituye un refuerzo del mismo como derecho de garantía, dándole una específica preferencia comparativa con respecto a los demás derechos de garantía. El sistema de derechos de garantía alemán en el contrato de obra podríamos denominarlo «sistema de derechos en cascada», imaginemos un sistema de estanques de agua en escalera, el primer estanque es el cumplimiento posterior, es el primero y el preferido por el sistema. Sin embargo, el transcurso de agua de un estanque a otro no es automático, sino que está dotado de válvulas de cierre. El paso del cumplimiento posterior a los demás estanques no es inmediato por el mero discurrir del plazo, sino que precisa de la apertura de la válvula de cierre, que en el sistema consiste

²⁴⁵ *BGH NJW* 1998, 677; WOLF/ HORN/LINDACHER, *AGBG*, artículo 11 n° 10b, n. m. 20 y ss; ULMER/BRANDNER/HENSEN, *AGBG*, artículo 11 n° 10b, n.m. 37 y ss.

²⁴⁶ RAAB, en DAUNER-LIEB, *Lehrbuch*, cap. 9, n. m. 26 y 52.

en la invocación del derecho a la indemnización por daños y perjuicios o la recepción de la declaración de desistimiento.

La no extinción del derecho de cumplimiento posterior por el mero vencimiento sin éxito del plazo ocasiona lo que podríamos denominar un «efecto retención del riesgo en el contratista», que sigue asumiendo el riesgo asociado a ese vicio material o jurídico que sufre la obra. En tanto en cuanto siga persistiendo el vicio, sigue reteniendo el riesgo el contratista y no se produce la transmisión del riesgo al dueño de la obra. Habida cuenta de que solo de este modo se preservan los derechos de garantía del ordenante. En contraposición, si existiendo el vicio se transfiriese el riesgo al dueño de la obra el derecho de garantía no gozaría de toda la cobertura de los intereses del ordenante de la obra, se estaría produciendo una quiebra del reparto de riesgos entre las partes. Se ha de recordar a este respecto, que en virtud del §633 I BGB el empresario debe proporcionar al cliente (ordenante) la obra libre de vicios materiales y jurídicos, sólo en ese caso se satisface la pretensión principal del ordenante, que es recibir una obra libre de vicios. En el supuesto de no entregarse la obra libre de vicios materiales y jurídicos, se da paso a la subsanación mediante los derechos de garantía que recoge el Derecho alemán.

Esta predilección por el cumplimiento posterior en el contrato de obra, también se ha trasladado como novedad al derecho de compraventa, que se observa en la declaración de los modernizadores del derecho de obligaciones, expuesta en el §433 I 2 BGB, a favor de la teoría del cumplimiento en el área del derecho de compraventa. Esta preferencia de la Teoría del cumplimiento en lugar de la Teoría de la garantía, propia del derecho del contrato de obra, se incorpora ahora al contrato de compraventa, posibilitando no remitir al comprador de especie en el caso de una entrega de una cosa viciada solamente a los derechos especiales de garantía (redhibición y desistimiento, reducción e indemnización de daños y perjuicios), sino permitirle, de forma análoga al inquilino en el contrato de arrendamiento y al ordenante en el contrato de obra, una pretensión a una cosa conforme al contrato, un derecho de subsanación²⁴⁷. Sin embargo, la diferencia estriba en que en el contrato de compraventa y en el contrato de obra la pretensión de cumplimiento posterior en principio tiene prioridad ante la indemnización por daños y perjuicios, desistimiento y reducción, mientras en el derecho de

²⁴⁷ EHMANN, H., SUTSCHET, H. (2006), *La Reforma del BGB. Modernización del derecho alemán...*, ob. cit., p. 357.

arrendamiento no opera ninguna primacía comparable de la pretensión de cumplimiento. Así pues, el inquilino en un contrato de arrendamiento puede reducir por un vicio, sin haber reclamado antes al arrendador sin éxito la eliminación del vicio.

2.2.3. La Auto-ejecución o *Selbstvornahme*

A diferencia del derecho de compraventa, el ordenante de la obra en virtud del §637 BGB puede ejercitar el derecho de garantía del *Selbstvornahme*, la auto-ejecución, después del vencimiento sin éxito del plazo adecuado fijado, con la finalidad de eliminar un vicio a costa del empresario. Por regla general, el empresario tendrá que responder si no ejecuta el cumplimiento posterior posible. El derecho de auto-ejecución presupone el vencimiento de un plazo fijado para el cumplimiento posterior, pero acto seguido están para la libre elección del ordenante los otros derechos (desistimiento, reducción, indemnización por daños y perjuicios). No se necesita una fijación previa de plazo en los casos del §323 II BGB ni cuando el cumplimiento posterior ha fracasado o le es inexigible al ordenante, según el §637 II BGB. La literalidad del §637 BGB limita el derecho de auto-ejecución a la eliminación del vicio, no se extiende a la nueva producción, aunque los límites son difusos. Por este motivo, la jurisprudencia ha autorizado el derecho al cumplimiento posterior del §633 I 2 v. a. también en forma de producción nueva, si solamente de este manera se puede obtener una obra libre de vicios²⁴⁸. Podría también aplicarse el derecho a la auto-ejecución del §637 BGB a la producción nueva. En algunas ocasiones una producción nueva puede ser más económica que la eliminación del vicio, en dicho caso el ordenante debe, en el marco de su obligación, limitar los gastos a los necesarios tanto como se pueda²⁴⁹, para realizar la producción nueva.

La legislación alemana actual incorpora ya expresamente en el §637 III BGB²⁵⁰, la que hasta ahora era una *extra legem* supuesta obligación de pago anticipado (caución *judicatum solvi-Vorschusspflicht*). El ordenante tiene una pretensión dineraria

²⁴⁸ BGHZ 96, III.

²⁴⁹ MK/SOERGEL, §633, n.m. I49.

²⁵⁰ El §637 III BGB establece que: «The customer may demand from the contractor advance payment of the expenses necessary to remedy the defect», es decir, «El cliente puede exigir al constructor el pago anticipado de los gastos necesarios para remediar el defecto».

demandable contra el empresario por el valor de los costes, que tiene que pagar a otro por la «ejecución subsidiaria»²⁵¹.

Según el §887 ZPO, en alemán *Zivilprozessordnung*, el Código de Procedimiento Civil, después del vencimiento del plazo el ordenante no tiene que ejercitar su derecho a la auto-ejecución, sino que también puede demandar por su pretensión al cumplimiento posterior y después ejecutar la sentencia condenatoria. De este modo, debe dejarse autorizar por el juzgado del proceso para la ejecución de la acción imputable (cumplimiento posterior) a costa del empresario, a éste se le debe condenar, según el §887 ZPO, por petición del ordenante, al pago anticipado de los costos. Esta posibilidad es más fácil y rápida para el ordenante y permite obtener de esta forma un resultado análogo a la auto-ejecución.

El derecho al reembolso de los costes por auto-ejecución está excluido si, de acuerdo con el §637 I *in fine*, el empresario ha rehusado al cumplimiento posterior justamente. Como se ha señalado anteriormente, el empresario dispone de esta posibilidad si el cumplimiento posterior «solamente es posible mediante unos costos desproporcionados» (§635 III BGB). El Derecho alemán aclara qué se entiende por costes desproporcionados en la limitación de la responsabilidad. La responsabilidad del deudor cuando adeuda una acción fungible está limitada siempre por el perjuicio por incumplimiento²⁵². Por ello, como ocurre en el §275 II BGB, es de suponer que los costos siempre ya son «desproporcionados» si exceden del interés del acreedor²⁵³. Si el empresario invoca la excepción del §635 III aludiendo a que incurre en costos desproporcionados, está en todo caso obligado a la indemnización por daños y perjuicios, también si el vicio no le es imputable, porque él no subsana un impedimento subsanable con medios financieros.

Otra novedad de suma trascendencia en esta materia es la inclusión del vicio jurídico en el derecho de garantía del contrato de obra, por la que, a diferencia del

²⁵¹ EHMANN, H.; SUTSCHET, H. (2006), *La Reforma del BGB. Modernización del derecho alemán...*, ob. cit., p. 329.

²⁵² PETERS, en ERNST, ZIMMERMANN, pp. 280 y ss, en referencia a la aplicación del §254 BGB al derecho a la subsanación posterior: el derecho a la subsanación posterior no puede de ninguna manera llegar más lejos que el derecho a la indemnización por daños y perjuicios del §635 v.a.

²⁵³ EHMANN, H., SUTSCHET, H. (2006), *La Reforma del BGB. Modernización del derecho alemán...*, ob. cit., p. 330.

derecho vigente hasta ahora, es posible a partir de la Reforma la auto-ejecución en referencia también a un vicio jurídico, es decir, como derecho de garantía independiente de la culpabilidad. Un ejemplo que ilustre la situación sería el siguiente: el músico B ha compuesto como encargo una canción como tema principal del disco del artista internacional C, la canción infringe el derecho de autor del compositor A. Supongamos que B no puede por enfermedad volver a componer la canción dentro del plazo fijado por C. La composición nueva por otro músico valdría 10.000 euros, A estaría dispuesto a autorizar la utilización de la canción de B por un pago de 200.000 euros.

Se dan en este ejemplo los requerimientos del §637 BGB: el músico B ha compuesto una canción con un vicio jurídico y no lo ha subsanado o creado una obra nueva dentro de plazo. La culpabilidad de B no importa. C podría eliminar el vicio a costa de B, comprando la aprobación de A, sin embargo, no podría mandar a crear una obra nueva. Con este ejemplo se pone de manifiesto que la pretensión a la prestación primaria y por ello también a la pretensión al cumplimiento posterior debe estar limitada al interés del acreedor: en caso contrario podrían llegar al límite de los “costos desproporcionados” que contempla el §635 III BGB por encima del perjuicio por incumplimiento de C (10.000 euros) y llegar a un acuerdo a costa de B.

2.2.4. Las consecuencias de la falta de conformidad y los riesgos

En referencia a la responsabilidad por daños, la doctrina de la «doble vía» del Derecho de daños alemán (*Zweispurigkeit des Haftungsrechts*) formulada por Jossef ESSER²⁵⁴, se basa en que la responsabilidad personal solamente puede derivar de un comportamiento incorrecto. De esta forma, ante los daños causados por actividades peligrosas, frente a los que el particular se encuentra indefenso, ESSER abogó por el reparto social de los riesgos. La compensación de estos *infortunios* no se realizaría individualmente, sino que debería aceptarse un reparto social y general de los daños inevitables. Francisco José INFANTE RUIZ, establece que: «En cuanto responsabilidad alejada por completo de la culpa, la responsabilidad objetiva se basa exclusivamente en el criterio de la *justicia distributiva*, mientras que la responsabilidad por culpa se

²⁵⁴ ESSER, J. (1953), *JZ*, pp.129 y ss.

fundamentaría en la justicia compensatoria»²⁵⁵. Nils JANSEN propone abandonar la estructuración del Derecho de daños en dos sustratos y considerar que realmente es una unidad, una totalidad cerrada²⁵⁶, porque funcionalmente responsabilidad por culpa y responsabilidad por riesgo son realidades ampliamente intercambiables.

La culpabilidad en la existencia de vicios tiene menor importancia en el Derecho alemán porque el hecho objetivo es que hay un vicio, que supone una falta de conformidad, que se considera objetivamente un incumplimiento. Esta constituye una cuestión crucial porque se realiza un intento de pasar de la Teoría de la garantía a la Teoría del Incumplimiento. La Ley de la Modernización tiene como uno de sus objetivos principales la aplicación de la Directiva de la compra de bienes de consumo²⁵⁷, que debería usarse para equiparar la responsabilidad por vicios ocultos con la responsabilidad por vicios legales y asimismo integrarla en el derecho general de las perturbaciones de la prestación²⁵⁸. Por este motivo, el §433 BGB establece: «El vendedor debe entregar al comprador el objeto libre de vicios ocultos materiales y jurídicos».

Con el mencionado párrafo del §433 BGB se pretendía abandonar la teoría de la garantía y pasar a la llamada teoría del incumplimiento²⁵⁹, para intentar romper el dogma de que el vendedor cumple con su obligación incluso con la prestación de un objeto viciado (§362) y que el comprador estaba limitado a hacer valer los derechos de garantía. Los reformistas no pudieron finalmente liberarse del dogma. Con la aplicación de la teoría del incumplimiento el comprador de un objeto viciado debería tener, sin restricción, todos los derechos por la infracción inherente de la prestación deficiente (según los §§280 a 284, §311 a y §§323 a 326 BGB)²⁶⁰. Sin embargo, no se reguló así, puesto que según los §§437 y siguientes BGB los derechos generales de la perturbación del acreedor se modificaron y se restringieron considerablemente.

²⁵⁵ INFANTE RUIZ, F.J. (2003), «La reforma del derecho de daños en Alemania», *Revista de derecho patrimonial, Aranzadi*, 2-11, pp. 141 y 142.

²⁵⁶ JANSEN, N., «Tagespolitik, Wertungswandel und Rechtsdogmatik», pp. 967-968, en INFANTE RUIZ, F. J., *ibid.*

²⁵⁷ Cfr. EHMANN y RUST, en JZ, 1999, 853; ERNST y GSELL, en ZIP, 2000, 1812; JORDEN y LEHMANN, en JZ, 2001, 952; finalmente WESTERMANN, en NJB, 2002, 241.

²⁵⁸ EHMANN, H., SUTSCHET, H. (2006), *La Reforma del BGB. Modernización del derecho alemán ...*, ob. cit., pp. 60 y ss.

²⁵⁹ Cfr. RUST. *Gewährleistungsrecht*, pp. 35 y ss.

²⁶⁰ Cfr. SOERGEL y HUBER antes del artículo 459, n.m. 145 y ss.

La entrega de una obra con vicios ocultos, ¿supone objetivamente un incumplimiento o un cumplimiento deficiente de la prestación por parte del constructor? La consideración de una figura jurídica u otra resulta de suma relevancia porque de tratarse de un incumplimiento del constructor, el comitente tendría todos los derechos, quedando liberado de la obligación sinalagmática del pago del precio. Si, por el contrario, se considera cumplimiento deficiente por vicios ocultos, el comitente quedaría limitado a utilizar los derechos de garantía, pero ya habría tenido que pagar el precio o estaría obligado a realizarlo. El §433 BGB establece una obligación de entregar un objeto libre de vicios ocultos materiales y jurídicos, pero no establece una consecuencia acorde a la infracción de esa obligación, que debería ser la consideración de incumplimiento y la consecuente posesión de todos los derechos por el comitente de la obra. El BGB establece limitaciones de la pretensión por incumplimiento. El §437 BGB establece que, si el objeto está viciado, tanto vicios materiales como jurídicos (§434 y §435 BGB), el comprador (en el contrato de obra el comitente) puede:

1. Según el §439 BGB exigir el arreglo, mediante el cumplimiento posterior, en alemán, *Nacherfüllung*.
2. Según los §§440, 323 y 326 párrafo 5, desistir del contrato o aminorar el precio de compra según el §441 BGB y,
3. Según los §§440, 280, 281, 283 y 311, exigir una indemnización por daños y perjuicios, o de acuerdo con el §284 exigir la indemnización por daños y perjuicios de los gastos en que se ha incurrido inútilmente.

Se puede realizar una crítica a la actual regulación del BGB. Una limitación significativa de los derechos generales del acreedor por incumplimiento en una prestación de objeto viciado es que la prestación de cumplimiento, que no se cumplió por prestación deficiente, se cambia por una «pretensión de cumplimiento posterior», que de conformidad con el §438 I n° 3 prescribe, en principio, «objetivamente» en dos años en vez de en tres según establecen los §§195 y 199 I BGB, desde la posibilidad de su conocimiento ²⁶¹. No resulta coherente que el incumplimiento mediante una

²⁶¹ EHMANN, H., SUTSCHET, H. (2006), *La Reforma del BGB. Modernización del derecho alemán...*, ob. cit., pp. 62 y ss.

prestación viciada se premie con una suerte de «prescripción anticipada», ya que la pretensión de cumplimiento posterior prescribe a los dos años en vez de a los tres años.

La segunda restricción esencial de los derechos del acreedor (en el contrato de obra el equivalente al comitente o dueño de la obra) vigentes hasta la Reforma (cambio inmediato y reducción del precio) tienen lugar porque el comprador (en el contrato de obra, el comitente o dueño de la obra) ante una prestación deficiente tiene que hacer valer en primer lugar la pretensión de cumplimiento posterior, y para ello, concederle al vendedor una segunda posibilidad para cumplir con la entrega, que según el §439 BGB está dirigido al mejoramiento o entrega de un sustituto, que podría ser la reparación de la cosa o entrega de una prestación equivalente o sustituta.

En la presente Tesis doctoral se defiende que, al producirse el incumplimiento por prestación viciada, los riesgos no se transfieren hasta que se subsane el vicio a través del sistema de garantías establecido. Esta tesis puede desarrollarse soportada y sustentada en la propia definición de vicio del BGB. El §434 BGB establece que: «La cosa está libre de defectos materiales si, al transmitir el riesgo, la cosa tiene la calidad acordada». La transmisión de los riesgos se produce cuando se produce una entrega conforme, que no adolezca de vicio alguno. Se transmite el riesgo cuando se entrega una obra de la calidad acordada, si la calidad no fue acordada, que sea adecuada para el propósito supuesto según el contrato, o en caso de que una determinada idoneidad no está acordada o supuesta, cuando resulte adecuada para el propósito habitual, o finalmente cuando tenga la calidad habitual de obras de la misma clase que el dueño de la obra o comitente pueda esperar. El contrato de obra debe estar regido por el principio de conformidad, considerando que la falta de conformidad del comitente con la obra es un cumplimiento defectuoso. Ante un cumplimiento defectuoso, no se puede producir la transmisión de los riesgos.

En ese punto, se podría abrir el debate de si sería posible establecer una graduación o categorización con distintos niveles de transmisión de riesgos en función de la gravedad del vicio del que adolece la obra. Este interrogante se plantea porque no parece tampoco equilibrado que el constructor soporte la totalidad del riesgo de pérdida de la obra cuando el vicio en la obra no reviste gravedad. Pensemos en una obra consistente en la construcción de una nueva vivienda completa que está terminada y

tiene un vicio menor como que las losetas de la terraza son de un material diferente al acordado. Si el comitente exige el cumplimiento posterior mediante la sustitución de las losetas puestas por las acordadas en el contrato y antes de que entregue la casa con las losetas sustituidas se destruye la casa, resulta desproporcionado que el constructor asuma el riesgo de pérdida por tener un vicio que podríamos considerar menor por no ser determinante. Habría que establecer un sistema gradual de transmisión de los riesgos en consonancia con la gravedad de los vicios. Ese sistema gradual está en parte explicado por la existencia de diferentes riesgos como se expone en la Teoría del riesgo divisible en el siguiente capítulo, que además articularemos en concordancia con el Derecho de garantía del contrato de obra alemán.

Capítulo IV

LA CONCEPTUALIZACIÓN DE UNA TEORÍA DE RIESGOS EN EL CONTRATO DE OBRA INMOBILIARIA

1. LA CONCEPTUALIZACIÓN DE LA TEORÍA DEL RIESGO DIVISIBLE EN EL CONTRATO DE OBRA INMOBILIARIA

Una vez analizada la legislación, tanto el Código Civil como la Ley de Ordenación de la Edificación, y la doctrina en materia de transmisión de los riesgos, a mi entender es posible establecer una tipología de riesgos, atendiendo al momento concreto en el que puedan producirse, debido a la consecución de determinadas «contingencias o incidentes» que los desencadenan. Esta tipología responde a la existencia de múltiples riesgos en el contrato de obra, en contraposición con la visión predominante en la doctrina que no contempla los distintos riesgos. En la doctrina analizada se puede detectar un tratamiento integral o total de la transmisión del riesgo, en la que se concibe el riesgo en el contrato de obra como un todo que se transmite en el momento de la entrega de la obra al comitente, lo que podríamos calificar como «una transmisión del riesgo en tracto único». Esta aproximación no refleja, sin embargo, lo que acontece en la realidad y sería más adecuado contemplar el riesgo, no como un todo indivisible, sino como susceptible de división, pues el riesgo puede dividirse y desplegarse en partes.

Así pues, podemos conceptualizar que según la *«Teoría del riesgo divisible en el contrato de obra inmobiliaria»* podrían existir los siguientes seis tipos de riesgos atendiendo al momento en que, de acuerdo con esta idea, se puede materializar el riesgo y su transmisión causada por determinados sucesos:

1. *Riesgo principal, riesgo por pérdida fortuita o por culpa del contratista:* Este riesgo puede materializarse en el período de tiempo que transcurre desde la

fecha en la que las partes prestan su consentimiento en obligarse por el contrato de obra hasta el momento de la entrega de la obra al comitente (promotor). Este riesgo es asumido por el contratista y se produce la transmisión del riesgo al comitente una vez entregada la obra a éste, teniendo lugar el traspaso de los riesgos por pérdida fortuita. Este es el riesgo que reconoce la doctrina mayoritariamente y cuya transmisión reconoce como total en el momento de la entrega de la obra.

2. *Riesgo por defectos aparentes:* Este riesgo existe en el período de tiempo comprendido entre el momento de la entrega de la obra al comitente (promotor) hasta que se produzca la recepción de la obra inmobiliaria, ya sea expresa o tácita, de conformidad con los plazos establecidos por la LOE. Este riesgo es asumido por el contratista.
3. *Riesgo residual o riesgo por vicios o defectos ocultos:* Este riesgo opera una vez entregada la obra, entre su recepción sin reservas y la pérdida (que es potencial, puede no darse y que, por tanto, el riesgo no se materialice en pérdida para ninguna de las partes). Este riesgo existe, a mi juicio, porque la transmisión del riesgo no es total en el momento de la entrega de la obra, pesa sobre el contratista (constructor u obligado a entregar un resultado) una responsabilidad por vicios o defectos en la construcción, que bien podría interpretarse como un riesgo residual y potencial que podría materializarse en responsabilidad por daños en caso de descubrirse defectos constructivos en el futuro, dentro de los plazos establecidos por la legislación. El riesgo no consiste solamente en determinar quién asume la pérdida de la obra antes de alcanzar el resultado comprometido y entregar la obra, sino también, la asunción de pérdidas por defectos y vicios en la construcción. Los citados defectos o vicios constituyen un incumplimiento del programa obligacional y la falta de culminación de la actividad de ejecución de obra comprometida, por lo que los riesgos subsisten y el traspaso de los riesgos no es en puridad total ni se completa con la entrega de la obra.
4. *Riesgo de pérdida por defectos advertidos u objeto de reserva:* Este riesgo es desencadenado por la recepción con reservas de la obra por parte del comitente o

dueño de la obra y podría producirse entre la misma y la fecha de firma del acta de recepción aparte que menciona el art. 6.2 d) LOE, tras la subsanación de los defectos advertidos por el comitente. Estamos en condiciones de afirmar, por lo tanto, que si una vez firmada el acta de recepción con reservas se produce la pérdida de la obra causada por las reservas que ya advirtió el comitente o promotor, responderá el contratista, porque no estamos ante la materialización de un riesgo de pérdida fortuita de la obra sino ante el riesgo de pérdida por los defectos advertidos que pesa sobre el contratista.

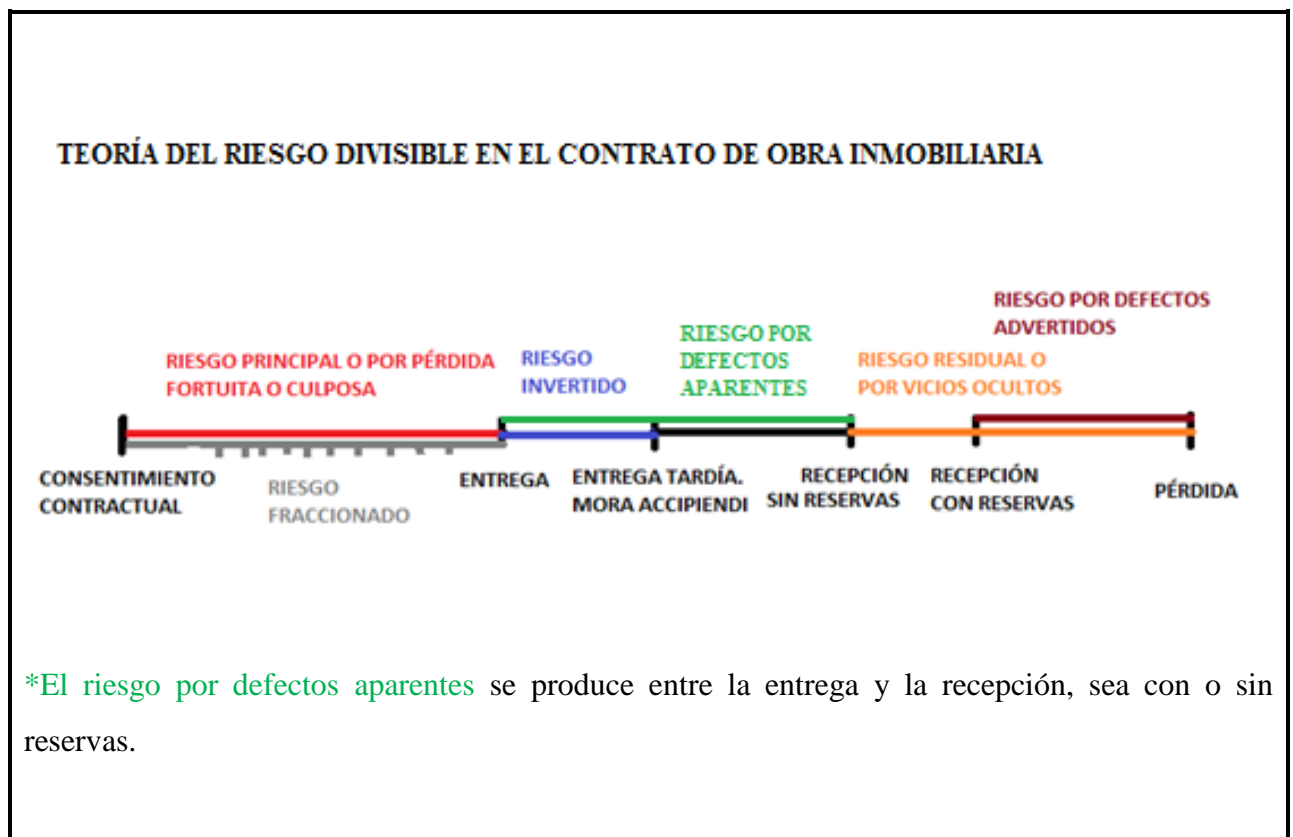
Resulta de especial relevancia enfatizar que la transmisión del riesgo en el momento del acta de recepción con reservas es parcial, comprendiendo tan solo el traspaso del riesgo de pérdida por posibles defectos aparentes no detectados, mientras que continúa el contratista asumiendo el riesgo de pérdida por los defectos advertidos por el promotor. En el contrato de obras cuando el promotor consuma el acto de recepción de la obra con reservas está limitando los riesgos en cuanto que se transfiere a éste tan solo los riesgos por defectos aparentes no advertidos, pero permanece en el contratista el riesgo de pérdida por los defectos o reservas que el promotor hizo constar por escrito en el acta de recepción. Cabe entender entonces que la recepción con reservas despliega los riesgos, distribuyéndolos entre las partes y quebrando la regla general de transmisión total de los riesgos que acontece en la recepción de la obra sin reservas en la que el promotor al recibir la obra recibe a la vez todos los riesgos de pérdida de la obra por defectos aparentes.

5. *Riesgo invertido o riesgo por retraso en la recepción o advertida la mala calidad de los materiales:* Este riesgo comprendería las excepciones mencionadas a la regla general que establecen los arts. 1589 y 1590 CC, a saber, la mora en la recepción de la obra por el comitente o en el cumplimiento de sus deberes de colaboración (*mora accipiendi*) y la destrucción de la obra causados por la mala calidad de los materiales aportados por el comitente advertido oportunamente por el contratista. La regla general es que es el contratista quien asume la pérdida fortuita antes de la entrega de la obra, pero en este caso se produce una inversión del riesgo, como excepción a la regla general de que el riesgo es asumido por el contratista salvo pacto en contrario, produciéndose una

transmisión del riesgo de uno a otro. En el supuesto de *mora accipiendi*, dicho riesgo existiría desde el plazo fijado para la entrega en el contrato hasta la entrega tardía o la pérdida si ésta llegase a materializarse. En el segundo de los supuestos, desde que es advertida la mala calidad de los materiales hasta la destrucción o pérdida de la obra.

6. *Riesgo fraccionado por pérdida fortuita*: Este riesgo existiría si se hubieran pactado entregas provisionales o parciales de las obras o realizado efectivamente sin pacto al respecto, por lo que el comitente irá asumiendo los riesgos de perecimiento fortuito de las obras conforme las va recibiendo, aun de modo provisional o parcial, sin esperar a la recepción definitiva de la obra. Esta opción es contemplada por la STS 19 octubre 1995 [RJ 1995, 7524], reconociendo, pues, la posibilidad del fraccionamiento del riesgo.

Figura nº 2.



Fuente: Elaboración propia.

El establecimiento de un sistema coherente y ordenado de acciones y garantías jurídicas como el sistema alemán mitiga, sin lugar a dudas, los riesgos contractuales. Concretamente, si analizamos la *Teoría del riesgo divisible* desarrollada en la presente Tesis doctoral, su efecto mitigador se pone de manifiesto ante dos tipos de riesgos: el Riesgo por defectos aparentes y el Riesgo residual o riesgo por vicios o defectos ocultos. Estos riesgos se reducirían si existiera en el ordenamiento jurídico civil español un sistema de responsabilidad civil por cumplimiento defectuoso equiparable al modelo alemán, analicemos cómo se mitigarían los riesgos:

1. *Riesgo por defectos aparentes*: Este riesgo existe en el período de tiempo comprendido entre el momento de la entrega de la obra al comitente (promotor) hasta que se produzca la recepción de la obra inmobiliaria, ya sea expresa o tácita, de conformidad con los plazos establecidos por la LOE. Este riesgo es asumido por el contratista. El comitente debe en este período examinar la obra para comprobar la adecuación del resultado con lo acordado en el contrato por las partes, con especial diligencia en la identificación de los posibles defectos aparentes. El contratista es el responsable de los defectos aparentes. Si el comitente no advierte la existencia de defectos aparentes y se produce la recepción de la obra, se produciría en ese momento la transmisión del riesgo por defectos aparente, una parte importante del riesgo total, desde el contratista al comitente. De otro modo, verbi gratia un período de tiempo ilimitado, sería una distribución de riesgos injusta, no sería razonable que el contratista asumiera la falta de diligencia del comitente.

En el Derecho alemán, teniendo en cuenta el vigente sistema de garantías podríamos establecer una interrelación entre la Teoría del riesgo divisible y el sistema de garantías alemán, ubicando el *Riesgo por defectos aparentes* de la Teoría del riesgo divisible justo en el momento en el que el comitente identifica el vicio y exige al constructor la pretensión de cumplimiento posterior, que como hemos expuesto anteriormente goza de prioridad como la primera garantía exigible en el sistema de garantías del Derecho alemán. El blindaje de la pretensión de cumplimiento posterior, en el sentido de ser constituida por el BGB como lo que podríamos denominar «la garantía entre las

garantías» otorga al comitente o dueño de la obra una mayor probabilidad de recibir una obra conforme, de ver satisfecho su pretensión contractual al recibir la obra acordada.

En este sentido, la pretensión de cumplimiento posterior y el plazo asociado a la misma mitiga el riesgo del comitente, puesto que el riesgo lo sufre el contratista entre la entrega y la recepción de la obra inmobiliaria por el comitente. Según el Principio de conformidad, cuando existe falta de conformidad, consideramos que se trata de un cumplimiento defectuoso y no se transmite el riesgo, que de acuerdo con la Teoría del Riesgo divisible permanece en el contratista. Una vez subsanado el vicio aparente por el contratista mediante el cumplimiento posterior y que se haya producido la recepción de la obra por el comitente, se producirá la transmisión del riesgo por defectos aparentes. Aunque se haya subsanado el vicio aparente, alguno pudiera pensar que el riesgo por defectos aparentes desaparecía y no se produce la transmisión, pero cabría sostener que ese riesgo sí se transmite al comitente porque podrían existir otros defectos aparentes no identificados por el dueño de la obra, que una vez recepcionada la misma y al tratarse de defectos aparentes no identificados por el comitente, sería un riesgo que pasaría a asumir el dueño de la obra, por lo que se produciría la traslación del riesgo por defecto aparente.

2. *Riesgo residual o riesgo por vicios o defectos ocultos:* Este riesgo opera una vez entregada la obra, entre su recepción sin reservas y la pérdida (que es potencial, puede no darse y que por tanto el riesgo no se materialice en pérdida para ninguna de las partes). El riesgo no consiste solamente en determinar quién asume la pérdida de la obra antes de alcanzar el resultado comprometido y entregar la obra, sino también la asunción de pérdidas por defectos y vicios en la construcción. Los citados defectos o vicios constituyen un incumplimiento del programa obligacional y la falta de culminación de la actividad de ejecución de obra comprometida, por lo que los riesgos subsisten y el traspaso de los riesgos no es en puridad total ni se completa con la entrega de la obra. Se produce de este modo una coexistencia entre la entrega aparentemente conforme (sin vicios aparentes) y la existencia de defectos o vicios ocultos en la obra.

El riesgo por vicios ocultos lo asume el contratista durante el período de tiempo que establece la normativa de aplicación en cada ordenamiento jurídico, salvo en los casos de fuerza mayor. La interrelación entre los riesgos y la responsabilidad civil por cumplimiento defectuoso es un binomio fundamental del que resulta interesante desgranar sus efectos e influencias mutuas. La distribución de los riesgos *inter partes*, que como hemos demostrado en la Teoría del riesgo divisible no es único, sino que está formado por varios riesgos que operan en las diferentes fases o momentos contractuales, está directamente relacionada con la responsabilidad por daños. Cada uno de los riesgos pertenece a una parte del contrato en tanto en cuanto, en caso de daño o pérdida, será esa parte quién responda o asuma la responsabilidad del daño. Dentro de este riesgo, el daño puede deberse a una negligencia o a un caso de fuerza mayor. Cuando los defectos se deban a negligencia o incumplimiento de obligaciones del jefe de obra o personas que de él dependan, la asunción del riesgo corresponde al contratista, como queda regulada en el art. 17.6 LOE: «El constructor responderá directamente de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos derivados de la impericia, falta de capacidad profesional o técnica, negligencia o incumplimiento de las obligaciones atribuidas al jefe de obra y demás personas físicas o jurídicas que de él dependan». Cabe preguntarse, ¿qué ocurre cuando los defectos aparentes no se deben a negligencia ni a un incumplimiento de obligaciones por el constructor? A esta pregunta responde el art. 17.8 LOE: «Las responsabilidades por daños no serán exigibles a los agentes que intervengan en el proceso de la edificación, si se prueba que aquéllos fueron ocasionados por caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero o por el propio perjudicado por el daño». Por tanto, en una interpretación *a sensu contrario*, en caso de fuerza mayor el riesgo lo asume el comitente, puesto que según el art. 17.8 LOE descarta que el constructor o los agentes que de él dependan respondan por los daños.

En lo que respecta a los plazos de responsabilidad por daños, el ordenamiento civil español, según establece el art. 17.1 LOE para las obras de edificación²⁶², serán 10 años

²⁶² Art. 17 LOE: «Responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación:

1. Sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales, las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación responderán frente a los propietarios y los terceros adquirentes de los edificios o parte de los mismos, en el caso de que sean objeto de división, de los siguientes daños materiales ocasionados en el edificio dentro de los plazos indicados, contados desde la fecha de recepción de la obra, sin reservas o desde la subsanación de éstas:

a) Durante diez años, de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio.

por los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que comprometan la estabilidad del edificio, 3 años por los daños materiales que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad del art. 3.1 c)²⁶³ y 1 año por daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras. Se establece por la Ley de Ordenación de la Edificación una clasificación de plazos directamente proporcional a la gravedad de los daños materiales por defectos en la obra, plazos de 10 años, 3 años y 1 año en función de que se trate de daños sobre elementos estructurales, elementos constructivos y elementos de terminación de la obra, respectivamente. Ciertamente, resulta acertada la decisión del legislador de establecer para la obra de edificación un sistema de plazos según la clasificación del daño materializado. Sin embargo, según mi criterio, debería establecerse por la propia Ley una subclasificación más pormenorizada en función de cada categoría de daño con un mayor grado de desglose, desde un planteamiento causa-efecto sobre el resultado de daño estructural del edificio puesto que, a título de ejemplo, dentro de los daños sobre elementos estructurales podría graduarse el número de años respecto al daño en cada elemento constructivo: pilares, muros de carga, etc.

La Responsabilidad es exigible de forma personal e individualizada según el art. 17.2 LOE²⁶⁴. Asimismo, el art. 17.3 LOE regula que en los casos en los que no pueda individualizarse la causa de los daños materiales o quede probada la concurrencia de culpas sin que pueda precisarse el grado de intervención de cada agente se exigirá responsabilidad solidaria²⁶⁵.

b) Durante tres años, de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad del apartado 1, letra c), del artículo 3.

El constructor también responderá de los daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras dentro del plazo de un año».

²⁶³ Art. 3.1 c) LOE: «Requisitos relativos a la habitabilidad:

c.1) Higiene, salud y protección del medio ambiente, de tal forma que se alcancen condiciones aceptables de salubridad y estanqueidad en el ambiente interior del edificio y que éste no deteriore el medio ambiente en su entorno inmediato, garantizando una adecuada gestión de toda clase de residuos.

c.2) Protección contra el ruido, de tal forma que el ruido percibido no ponga en peligro la salud de las personas y les permita realizar satisfactoriamente sus actividades.

c.3) Ahorro de energía y aislamiento térmico, de tal forma que se consiga un uso racional de la energía necesaria para la adecuada utilización del edificio.

c.4) Otros aspectos funcionales de los elementos constructivos o de las instalaciones que permitan un uso satisfactorio del edificio».

²⁶⁴ Art.17.2 LOE: «La responsabilidad civil será exigible en forma personal e individualizada, tanto por actos u omisiones propios, como por actos u omisiones de personas por las que, con arreglo a esta Ley, se deba responder».

²⁶⁵ Art.17.3 LOE: «No obstante, cuando no pudiera individualizarse la causa de los daños materiales o quedase debidamente probada la concurrencia de culpas sin que pudiera precisarse el grado de

Otro aspecto importante en el contrato de obra es quién responderá en caso de daños por deficiencias en los productos o materiales, que el art. 17.6 LOE establece que será el constructor: «Asimismo, el constructor responderá directamente de los daños materiales causados en el edificio por las deficiencias de los productos de construcción adquiridos o aceptados por él, sin perjuicio de la repetición a que hubiere lugar». De este modo, afirmamos por tanto que este riesgo lo asume el contratista.

Como conclusión, la necesaria reforma de la regulación del contrato de obra en el Código Civil español, dado que éste carece de un sistema de responsabilidad civil por cumplimiento defectuoso, debe inspirarse en el modelo alemán por su exhaustividad, detalle y precisión, que comporta seguridad jurídica en la contratación.

2. LA CONCEPTUALIZACIÓN DE LA TEORÍA DE LOS NIVELES DE RIESGO SEGÚN LA GRAVEDAD DEL VICIO EN EL CONTRATO DE OBRAS

Comprobada la existencia de una conexión relevante entre los riesgos de construcción, la gravedad de los vicios, los daños materiales, la responsabilidad y los derechos de garantía, se conceptualiza esta «Teoría de los niveles de riesgo según la gravedad del vicio en el contrato de obra». Para un adecuado tratamiento sistemático de los riesgos y la utilización de los remedios ante la materialización de los riesgos es necesaria la graduación de los niveles de riesgo en función del vicio contractual y del daño causado. El desarrollo de indicadores de seguimiento del control y prevención de los riesgos es una primera fase de la gestión de los riesgos, pero la segunda fase de la misma es contar con un sistema de riesgos en el que se gradúen los riesgos por nivel de gravedad, en correlación con la gravedad del vicio y la gravedad del daño ocasionado.

El desarrollo de medidas *ad hoc* de respuesta a la gravedad de los riesgos será necesario para cada contrato de construcción. Para ello, se tendrán en cuenta los distintos niveles de riesgos que hemos desarrollado, según el vicio, y los daños que

intervención de cada agente en el daño producido, la responsabilidad se exigirá solidariamente. En todo caso, el promotor responderá solidariamente con los demás agentes intervinientes ante los posibles adquirentes de los daños materiales en el edificio ocasionados por vicios o defectos de construcción».

contempla la LOE, desarrollando medidas respuesta para cada nivel de riesgo, que serán la base para la distribución de los riesgos *inter partes* del contrato. Esta teoría podría ser de gran utilidad para las empresas constructoras en la elaboración de su matriz de riesgos. Para proporcionar un sistema de riesgos según su gravedad vinculado a los vicios en la obra y el daño o daños ocasionados se desarrolla en el presente trabajo esta conceptualización de la *Teoría de los Niveles de riesgo según la gravedad del vicio en el contrato de obra*.

Tabla nº 4. Teoría de los niveles de riesgo según la gravedad del vicio en el contrato de obra.

NIVEL DE RIESGO	GRAVEDAD DEL VICIO	DAÑOS MATERIALES	PLAZOS RESPONSABILIDAD Art. 17 LOE	CONSECUENCIAS JURIDICAS
ALTO	MUY GRAVE	ESTABILIDAD DE EDIFICIO: - Cimentación - Soportes - Vigas - Forjados - Muros de carga y otros elementos estructurales	10 AÑOS	INCUMPLIMIENTO o CUMPLIMIENTO DEFECTUOSO MUY GRAVE
MEDIO	GRAVE	HABITABILIDAD Y FUNCIONALIDAD	3 AÑOS	CUMPLIMIENTO DEFECTUOSO GRAVE
BAJO	LEVE	ELEMENTOS DE TERMINACIÓN O ACABADO	1 AÑO	CUMPLIMIENTO DEFECTUOSO LEVE

Fuente: Elaboración propia.

La asunción de los riesgos de construcción por el contratista supone la asunción de la responsabilidad de la obra hasta el momento relevante que define el DCFR, en el que se transfiere el control sobre la estructura. El riesgo y la responsabilidad forman una dicotomía, una dualidad indisociable que explica que, ante un posible vicio en la ejecución del contrato, el contratista debe responder del daño ocasionado. El riesgo

implica la existencia de una incertidumbre de que algo vaya mal en la obra y se pueda producir un vicio en el contrato que ocasione el consiguiente daño, tanto para el comitente o dueño de la obra como para terceros. La materialización del riesgo en un vicio y en un daño, provoca la necesaria subsanación del daño. Para la misma, la vigente Ley de Ordenación de la Edificación (LOE) en su artículo 17 LOE establece los plazos de responsabilidad en función a la magnitud del daño ocasionado.

La conceptualización de esta Teoría de los niveles de riesgo en función de la gravedad del vicio consiste en asociar distintos niveles de riesgo a diversos niveles de gravedad del vicio, cuya categorización a su vez dependen de la magnitud de los daños ocasionados. Esta asociación es inédita en la legislación española que no realiza categorización de los riesgos de construcción, tratándolo como una categoría genérica y sin realizar un tratamiento sistemático de los riesgos existentes.

Esta Teoría comprende que los distintos niveles de riesgos son los siguientes:

- *Riesgo alto:* La categorización como Riesgo Alto se refiere a la incertidumbre de que se produzca un vicio muy grave. El vicio muy grave consiste en la materialización del riesgo alto, que ocasione un daño en los elementos estructurales del edificio, afectando alguno de los siguientes elementos de la edificación: la cimentación, soportes, vigas, forjados, muros de carga y otros elementos estructurales, que comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio. Estos daños son los que afectarían a los requisitos básicos de la edificación relativos a la Seguridad que se mencionan en el artículo 3.1 b) LOE, que abarcan los siguientes:

1) Seguridad estructural, de tal modo que no se produzcan en el edificio, o partes del mismo, daños que tengan su origen o afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales.

2) Seguridad en caso de incendio, de manera que los ocupantes puedan desalojar el edificio en condiciones seguras, se pueda limitar la extensión del incendio dentro del propio edificio y de los

colindantes y se permita la actuación de los equipos de extinción y rescate.

3) Seguridad de utilización, con la finalidad de que el uso normal del edificio no suponga riesgo de accidente para las personas.

- *Riesgo medio*: es el riesgo que asume el contratista por la materialización de un potencial vicio grave, consistente en el daño sobre elementos que afecten a la habitabilidad y funcionalidad de la obra. Por un lado, estos daños son los que afectarían a los requisitos básicos de la edificación relativos a la Habitabilidad, que se mencionan en el artículo 3.1 c) LOE y que comprenden los siguientes:

1) Higiene, salud y protección del medio ambiente, de tal modo que se alcancen condiciones aceptables de salubridad y estanqueidad en el ambiente interior del edificio y que éste no deteriore el medio ambiente en su entorno inmediato, garantizando una adecuada gestión de toda clase de residuos.

2) Protección contra el ruido, para que el ruido percibido no ponga en peligro la salud de las personas y les permita realizar satisfactoriamente sus actividades.

3) Ahorro de energía y aislamiento térmico, con la finalidad de que se consiga un uso racional de la energía necesaria para la adecuada utilización del edificio.

4) Otros aspectos funcionales de los elementos constructivos o de las instalaciones que permitan un uso satisfactorio del edificio.

Por otro lado, dentro de esta categoría de riesgo medio, también se entendería que podríamos incluir los requisitos de Funcionalidad del edificio, que regula el artículo 3.1 a) LOE, referidos a los siguientes aspectos:

1) Utilización, de modo que la disposición y las dimensiones de los espacios y la dotación de las instalaciones faciliten el adecuado desarrollo de las funciones previstas en el edificio.

2) Accesibilidad, permitiendo a las personas con movilidad y comunicación reducidas el acceso y la circulación por el edificio en los términos previstos en su normativa específica.

3) Acceso a los servicios de telecomunicación, audiovisuales y de información de conformidad con lo regulado en su normativa específica.

4) Facilitación para el acceso de los servicios postales, mediante la dotación de las instalaciones apropiadas para los mismos, según establece su normativa específica.

- *Riesgo bajo*: riesgo que consiste en la incertidumbre o probabilidad de que tenga lugar un vicio que podemos categorizar como vicio leve, compuesto por daños materiales de menor trascendencia, como los ocasionados en elementos de terminación o acabado de la obra.

Una vez categorizados los 3 niveles de riesgos: *Riesgo alto*, *Riesgo medio* y *Riesgo bajo*, los vicios que se pueden producir y los daños incluidos en cada categoría de riesgo y gravedad del vicio, se pasa a sistematizar por esta Teoría la consecuencia jurídica mediante la calificación como incumplimiento o cumplimiento defectuoso muy grave, cumplimiento defectuoso grave y cumplimiento defectuoso leve:

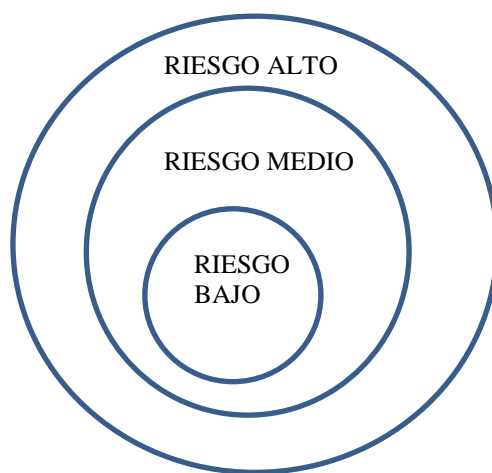
- *Incumplimiento contractual o cumplimiento defectuoso muy grave*: Si se ha producido un daño que afecte a la Estabilidad del edificio provocado por un vicio muy grave como consecuencia de la materialización de un *Riesgo alto*, se debería catalogar de forma nítida como incumplimiento del contrato dada la gravedad que reviste para la obra un daño en la estabilidad y estanqueidad de la misma.

- *Cumplimiento defectuoso grave*: Si se hubiese producido un daño que afecte a la habitabilidad o funcionalidad de la obra causado por un vicio grave como materialización de un *Riesgo medio*, habría de ser denominado cumplimiento defectuoso grave.

- *Cumplimiento defectuoso leve*: Si se produce un daño que afecte a un elemento o elementos de terminación o acabado de la obra causados por un vicio leve como materialización de un *Riesgo bajo*, habría de ser denominado cumplimiento defectuoso leve.

Es importante que esta Teoría delimite el factor tiempo en la exposición a los riesgos del contratista, la determinación en la línea temporal de «cuándo» está el contratista expuesto a «qué riesgos». Inicialmente, al comienzo de la ejecución de la obra, el contratista asume todos los riesgos de construcción, los tres riesgos (Riesgos alto, medio y bajo), dado que no puede anticipar si se materializará algún riesgo o varios riesgos durante la ejecución de la obra que podrían tener como consecuencia la producción de uno o varios daños. La existencia de riesgos implica mayor probabilidad de que se produzcan daños, pero no la necesidad de que efectivamente se produzcan posibles deficiencias²⁶⁶. Esta asunción tridimensional del riesgo es concéntrica porque la exposición al riesgo alto, también implica la exposición a un riesgo medio o bajo.

Figura nº 7. Niveles de Riesgo.



Durante la ejecución de la obra o con posterioridad, en el momento en que se materializa el riesgo, produciéndose un daño que proviene de un vicio de cualquiera de las categorías de gravedad mencionadas, se reduce el riesgo al que está expuesto el contratista. Esta reducción del riesgo es consecuencia de una concreción del nivel de

²⁶⁶ MARTÍNEZ FUENTES, A. L. (2018), «El análisis de riesgos al elaborar el Plan Anual de Control Financiero de acuerdo con el Real Decreto 424/2017 de 28 de abril», *Revista de Auditoría Pública*, núm. 71, pp. 65-74.

riesgo que es determinado por el tipo de daño. De tal modo que, si el daño afecta a la estabilidad del edificio, el riesgo que se ha materializado es el *Riesgo alto*; si el daño afecta a los requisitos de habitabilidad o funcionalidad, se ha materializado un *Riesgo medio* y si el daño solo afecta a los elementos de terminación de la obra, entonces se ha materializado el *Riesgo bajo*.

Como causa-efecto, se sucede el binomio Riesgo y Responsabilidad, los plazos de responsabilidad que establece la legislación vigente en materia de edificación, regulados por el artículo 17 LOE, son: 10 años para los daños en los elementos estructurales consecuencia de la materialización del riesgo que hemos denominado *Riesgo Alto*, 3 años para los daños que afectan a la habitabilidad de la categoría de *Riesgo medio* y de 1 año para los daños que afecten a elementos de terminación o acabado de la obra del *Riesgo bajo*.

3. LA TEORÍA DE LA PRESUNCIÓN DE ENTREGA EFECTIVA

En el presente epígrafe se analizan los métodos de la entrega regulados en el Feasibility Study y el DCFR y su correlación con la transmisión del riesgo para desarrollar una teoría que podría poner en cuestión que el momento relevante de la transmisión de los riesgos se produce solamente en la entrega, admitiendo la posibilidad de la transmisión de los riesgos antes de la entrega en ciertos supuestos.

El art. 97 del *Feasibility Study* regula los métodos de entrega en el contrato de compraventa. En consonancia con este artículo el vendedor cumple su obligación de entrega mediante tres métodos alternativos:

1. Transferencia de la posesión física o control de los bienes al consumidor;
2. Entrega de los bienes al primer transportista para su transmisión al comprador (y entrega de los documentos al comprador, cuando sea relevante); o
3. Puesta a disposición de los bienes al comprador (y puesta a disposición de los documentos, cuando sea relevante).

El marco común de referencia, a este respecto, no establece un modelo descriptivo de los métodos de entrega como el anterior, se limita a señalar en el Libro IV.A.-5:102 DCFR que:

«El riesgo se transfiere cuando el comprador toma el control de los bienes o de los documentos que los representan».

Si se analizan los métodos de entrega y cómo se articula la transmisión de los riesgos dependiendo de la entrega se puede afirmar que en los casos 2 y 3, es decir, en la entrega al primer transportista y puesta a disposición del comprador, los riesgos se transfieren en el momento de la entrega. Según LILLEHOLT, el modo de entrega 1 «se aplica a los contratos de venta a los consumidores, a distancia o fuera del establecimiento, y a cualquier contrato de compraventa en el que el vendedor se ha comprometido a organizar el transporte al comprador». En estos contratos, según este jurista, «el riesgo se transfiere ya sea cuando el consumidor o su representante haya adquirido la posesión física de los bienes, o, cuando el consumidor o su representante habrían adquirido la posesión física si hubiesen cumplido con su obligación de tomar el control sobre los mismos». Este hallazgo demuestra que la transmisión de los riesgos se puede producir antes de la entrega. Un ejemplo puede ser la compra de un bien en una tienda, el vendedor asume la organización del transporte, el comprador no va a correos a recoger el bien y el producto sufre daños después del momento en que el consumidor debería haber recogido la mercancía. Existe, por tanto, una situación particular que evidencia que es posible la transmisión de los riesgos antes de la entrega, se produce en el contrato de compraventa de bienes a consumidores, distintos a los contratos a distancia o fuera de establecimiento, en los que el vendedor se compromete a organizar el transporte al comprador.

Como contribución de esta tesis, se realiza una reflexión sobre qué paradigma análogo se puede desarrollar de aplicación al contrato de obra que pruebe la posibilidad de la transmisión del riesgo antes de la entrega. En esta tesis doctoral se ha puesto de manifiesto que en sendas sentencias del Tribunal Supremo la negativa injustificada a recibir la obra por el comitente equivaldrá a la entrega efectiva. En esos supuestos en los que el comitente se niega injustificadamente a recibir la obra incurre en *mora creditoris*. Según los arts. 1589 y 1590 CC si el contratista se obligó a poner el material o solo su trabajo, debe sufrir la pérdida en el caso de destruirse la obra antes de ser entregada,

salvo si hubiese habido morosidad en recibirla. Por lo tanto, en los casos de *mora creditoris* el riesgo de pérdida se transfiere al comitente o dueño de la obra. Se produce por la normativa nacional e internacional una penalización al comitente o comprador por el incumplimiento de su obligación de tomar el control de la estructura o recoger el bien, penalización que se materializa en la asunción del riesgo de pérdida. Se considera que el comitente debe cargar con la asunción del riesgo como consecuencia de la mora en la recepción de la obra. De otro modo, sería injusto una extensión del riesgo al constructor que ha sido diligente en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales y ha entregado una obra conforme en el tiempo acordado.

La transmisión del riesgo se produce según el art. IV.C.-3:108 DCFR (*Risks*) en el *relevant time*. El momento relevante según el DCFR se produce:

«cuando el control de la estructura se debe transferir al cliente, el momento en que dicho control ha sido, o debería haber sido, transferido de acuerdo con IV.C.- 3: 106 (Entrega de la estructura)».

El DCFR es claro al establecer el momento en que el «control ha sido, o debería haber sido transferido». En ambas situaciones mencionadas se produce una «presunción de entrega», la negativa del consumidor a recoger el bien o del comitente a recibir la obra en el momento de la toma de control no paraliza la transmisión del riesgo, la obra se presume entregada, por tanto, equivale a una entrega efectiva. La transmisión del riesgo se produce. Este hallazgo podríamos denominarlo la «*Teoría de la presunción de entrega efectiva*». Esta teoría consiste en la consecución de una entrega efectiva frente a una injusta inexistencia de entrega por incumplimiento de una parte contractual, la materialización de una entrega efectiva como consecuencia de la negativa injustificada del comitente o comprador a recibir la obra o mercancía.

Según esta nueva teoría la entrega ficticia es consecuencia de un reequilibrio de los riesgos del contrato. La regla general de la asunción por el contratista de los riesgos de perecimiento o daño de la obra antes de la entrega se encuentra justificada, a nuestro parecer, por varios motivos:

- 1) Por imperativo legal, el Ordenamiento Civil establece la regla general de que sea el contratista el que asume el riesgo en los arts. 1589 y 1590 CC;
- 2) Del mismo modo, el Ordenamiento Administrativo regula el Principio de riesgo y ventura del contratista en el art. 197 de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP);
- 3) Desde un enfoque de control de riesgos, la parte que tiene el control de la estructura tiene una mayor capacidad para prevenir la materialización de los riesgos, como ocurre con el contratista durante la ejecución de la obra y antes de su entrega al comitente;
- 4) Desde un enfoque de respuesta al riesgo, el contratista dispone de una mayor rapidez de respuesta al riesgo de daño o pérdida por cuanto conoce la extensión, profundidad y detalles del riesgo de daños o pérdida materializada. Un adecuado reparto de riesgos entre las partes intervinientes resulta una cuestión clave en materia contractual, de tal forma que cada riesgo sea asignado a la parte mejor capacitada para gestionarlo, preverlo y controlarlo.

Sin embargo, la *mora creditoris* del comitente, su negativa a recepcionar la obra en el momento relevante, el momento de la transmisión del control, el momento de la entrega, supone la transmisión del riesgo al comitente, lo que en la «Teoría del Riesgo divisible», conceptualizada y desarrollada en esta Tesis doctoral, denominamos «Riesgo Invertido». Se invierte el riesgo que, de ser asumido por el constructor, se transfiere al comitente. Este reequilibrio de los riesgos responde a la necesaria equidad en el reparto de los riesgos entre las partes contractuales.

El *Riesgo invertido*, uno de los seis tipos de riesgos de la «Teoría del Riesgo divisible», teoría desarrollada en este trabajo de investigación, constituye el riesgo por retraso en la recepción o mala calidad de los materiales advertida. Este riesgo comprendería las excepciones mencionadas a la regla general que establece el art. 1589 y 1590 CC, que se concretan en la mora en la recepción de la obra por el Comitente o en el cumplimiento de sus deberes de colaboración (*mora accipiendi*) y la destrucción de la obra causada por la mala calidad de los materiales aportados por el comitente advertido

oportunamente por el contratista. La regla general es que es el contratista quien asume la pérdida fortuita antes de la entrega de la obra, pero en este caso se produce una inversión del riesgo, como excepción a la regla general de que el riesgo es asumido por el contratista salvo pacto en contrario, produciéndose una transmisión del riesgo de una parte contractual a la otra parte del contrato, del contratista al comitente. En el supuesto de *mora accipiendi*, el *tempus* en el que dicho riesgo existiría sería desde el plazo fijado para la entrega en el contrato hasta la entrega tardía o la pérdida si ésta llegase a materializarse. En el segundo de los supuestos, el *tempus* en el que existe este riesgo sería desde que es advertida la mala calidad de los materiales hasta la destrucción o pérdida de la obra.

Se puede afirmar que la «Teoría de la presunción de entrega efectiva» constata la existencia de una posible transmisión del riesgo antes de la entrega de la obra o bien.

4. EXCEPCIONES A LA TRANSMISIÓN DEL RIESGO: RESPONSABILIDAD Y *BESITZKONSTITUT*

La transmisión de los riesgos presenta varios supuestos que podríamos denominar excepciones a la norma general de la transmisión de los riesgos en los contratos de compraventa internacional y contratos de obra: la responsabilidad del vendedor o constructor y la *Besitzkonstitut* o *Constitutum possessorium*. Para este análisis partimos del articulado sobre la transmisión de los riesgos (*Passing of risk*) contenidas en el art. 66 de la Convención de Viena y, en idénticos términos, en el Libro IV.A. Capítulo 5 del DCFR dedicado al contrato de compraventa y en el Capítulo 14 del *Feasibility Study*. Así, el art. IV.A. 5:101 DCFR Efecto de la transmisión del riesgo²⁶⁷ determina las consecuencias inmediatas que provoca su transmisión:

«La pérdida o el deterioro de las mercaderías sobrevenidos después de la transmisión del riesgo al comprador no liberarán al comprador de la obligación de pagar el precio, a menos que la pérdida o deterioro se deban a un acto u omisión del vendedor».

²⁶⁷ Article IV. A . - 5:101 DCFR: «Effect of passing of risk.

Loss of, or damage to, the goods after the risk has passed to the buyer does not discharge the buyer from the obligation to pay the price, unless the loss or damage is due to an act or omission of the seller».

Este artículo conforma una cara del poliedro que no está completo sin hacer referencia al art. IV.A. 2:308 párrafo (1) *Relevant time for establishing conformity*²⁶⁸, sobre el momento relevante para prestar la conformidad. Este artículo regula que el vendedor será responsable de toda falta de conformidad que exista en el momento de la transmisión del riesgo, incluso si la falta de conformidad se pone de manifiesto después de ese momento. La pérdida o deterioro sobrevenido no constituye un incumplimiento de las obligaciones del vendedor, y al tratarse de una obligación sinalagmática si el vendedor ha cumplido, resulta evidente que el deudor debe pagar el precio, por ello la primera parte de la afirmación puede parecer un tanto superflua. El riesgo se ha transmitido al comprador y como consecuencia tiene la obligación del pago del precio. Lo relevante es que se pone de manifiesto expresamente que se refiere al riesgo del precio, es decir, al riesgo de la contraprestación, y no al riesgo de las mercaderías. A nuestro entender, la parte en la que poner el foco de atención es la segunda parte del artículo: «a menos que la pérdida o deterioro se deban a un acto u omisión del vendedor». Si la pérdida o deterioro se debe a un acto u omisión del vendedor, no hay un riesgo sino que la pérdida será responsabilidad del vendedor²⁶⁹. Esta constituye una excepción a la norma general de que el adquirente soporta el riesgo de destrucción o menoscabo de las mercaderías.

La terminología del articulado además muestra una contradicción en sí misma porque si la pérdida o deterioro es una consecuencia de un acto u omisión del vendedor no se podría calificar como *sobrevenida*, dado que ese término se utiliza como sinónimo de *fortuita* y si es consecuencia de un acto u omisión del vendedor no podría calificarse como tal. En determinados casos sería más conveniente denominarla *pérdida por vicios ocultos*. El vendedor es responsable de la falta de conformidad, no en cualquier momento, sino en el preciso momento de la transmisión del riesgo, en el momento relevante. También será responsable el vendedor si la falta de conformidad se pone de

²⁶⁸ Article IV. A. - 2:308 DCFR: «Relevant time for establishing conformity

(1) *The seller is liable for any lack of conformity which exists at the time when the risk passes to the buyer, even if the lack of conformity becomes apparent only after that time*».

²⁶⁹ “En realidad aquí no hay riesgo, sino responsabilidad del vendedor por una conducta causante de daño y a él imputable”, OLIVENCIA RUIZ, M. (1983) *Derechos y obligaciones del vendedor y transmisión de los riesgos en la Convención, en Coloquio internacional de derecho mercantil: la Convención de las Naciones Unidas sobre la compraventa internacional de mercaderías. Instituto de Investigaciones jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México*, 28-31.7.1981, Anuario Jurídico (México D.F.) X, p. 94.

manifiesto después, siendo necesario clarificar que no es que la falta de conformidad se produzca en un momento posterior, sino que ya existía en el momento relevante. En este aspecto hay que diferenciar «existencia» de «manifestación», ya existía la falta de conformidad en el momento relevante, lo que se produce posteriormente es su manifestación. Se trata de un vicio inherente, del que el vendedor será responsable. El momento posterior en el que se desvela el vicio inherente de las mercaderías se debería retrotraer en el tiempo al momento de la transmisión del riesgo porque constituye tan solo un reflejo de una realidad ya existente en el momento relevante. Esta cuestión es crucial para que el comprador pueda disponer de todas las acciones que recoge la Convención de Viena.

Si hay falta de conformidad en el momento en que normalmente se transfiere el riesgo al comprador, la responsabilidad del vendedor no se transmite al comprador. Según los Comentarios al DCFR, en el comentario C del art. IV.A.5:102, las reglas de la falta de conformidad dejan sin efecto las reglas de la transmisión de los riesgos. Se trata de responsabilidad del vendedor por incumplimiento de la obligación de entregar mercaderías conformes, no de una cuestión de transmisión del riesgo.

Tras el DCFR se elaboraron distintas propuestas y normas comunitarias fundamentales en el derecho contractual europeo como el Instrumento Opcional de Derecho contractual europeo, Reglamento relativo a una Normativa común de Compraventa europea²⁷⁰. Además, en este avance en la armonización normativa se aprobó la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los Derechos de los Consumidores. En diciembre de 2015 se inició la tramitación legal de la Propuesta de Directiva sobre el contrato de suministro de contenidos digitales y la Propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes. El 8 de Junio de 2017 el Consejo adoptó su posición sobre el contrato de suministro de contenidos digitales, estando actualmente el Parlamento Europeo elaborando su posición sobre ambas propuestas de Directivas²⁷¹. Estos textos no disponen de la magnitud

²⁷⁰ COM (2011) 635, final, “*Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law*”.

²⁷¹ Según la información publicada actualmente, a 3 de enero 2019, en la web de la Comisión Europea sobre el estado actual de los trabajos legislativos concernientes a la Propuestas de Directiva sobre el

armonizadora del DCFR, ya que no regulan sistemáticamente el contrato de obra y servicios como lo hacía éste, siendo la gran aportación de estos textos, sin embargo, según DE BARRÓN ARNICHES: «la consolidación de la noción de conformidad como expresión del cumplimiento contractual en el Derecho Europeo, aplicable a cualquier tipo contractual»²⁷².

En el caso de la transmisión de los riesgos en el contrato de obra el DCFR, de modo análogo a la Convención de Viena, también establece una técnica tipológica. Sin embargo, en lugar de analizar cuando pasa el riesgo para cada uno de los supuestos más frecuentes del comercio internacional, determina cuando se produce el momento relevante en el contrato de obra y expone las obligaciones de las partes en correlación con el posible cumplimiento o no del contrato tras la pérdida o deterioro fortuita. Los riesgos en el contrato de obra se regulan en el art. IV.C.-3:108 DCFR. El *momento relevante* en el contrato de obra es la toma de control o entrega de la estructura al comitente. Existe un debate doctrinal en referencia al contrato de compraventa sobre el método de entrega. El artículo 97 del *Feasibility Study on a future initiative on European contract law* de la Comisión Europea entre los métodos de entrega establecía: la transferencia de la posesión física o control de las mercaderías al consumidor. ¿Se ha de entender «posesión física» y «control físico», o el «control» no tiene que ser físico?²⁷³ El DCFR define la «posesión» como «control físico» y el artículo 20 de la Directiva sobre los derechos de los consumidores²⁷⁴ se refiere a «posesión física»²⁷⁵. Sin embargo, cuando el vendedor envíe los bienes al consumidor, la Directiva incluye la posibilidad de que se produzca la transmisión del riesgo al consumidor mediante la

contrato de suministro de contenidos digitales y la Propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes.

²⁷² DE BARRÓN ARNICHES, P. (2017), *Las obligaciones de hacer en el Derecho Privado Europeo. Contratos de obra y de servicios*, Biblioteca de Derecho Europeo, Ediciones Olejnik, Santiago-Chile, pp. 106 y ss.

²⁷³ LILLEHOLT, K. (2011) «Passing of Risk and the Risk of Mystification: Some Drafting Issues», *European Review of Private Law* 6-2011, pp. 921-929.

²⁷⁴ Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

²⁷⁵ Art. 20 Directiva 2011/83/UE Transmisión del riesgo:

«En los contratos en que el comerciante envíe los bienes al consumidor, el riesgo de pérdida o deterioro de los bienes se transmitirá al consumidor cuando él o un tercero por él indicado, distinto del transportista, haya adquirido la posesión material de los bienes. No obstante, el riesgo se transmitirá al consumidor con la entrega al transportista, en caso de que el consumidor encargara al transportista el transporte de los bienes o el transportista elegido no estuviera entre los propuestos por el comerciante, sin perjuicio de los derechos del consumidor con respecto al transportista».

adquisición de un tercero por él indicado de la posesión material de los bienes. La Directiva exige la posesión física, no se refiere al control. Ese tercero recibe los bienes en nombre del consumidor y la transmisión de los riesgos a éste se reconoce consumada, se trata de una entrega mediata en la persona de un tercero, de una entrega efectiva, con los efectos liberatorios de la responsabilidad del vendedor. Este supuesto podría ser equiparable, verbi gratia, a los casos de obras en inmuebles en un país distinto al país en que se encuentra el comitente, cuando éste haya establecido en el contrato que la estructura terminada se transfiera del constructor a un tercero designado por el comitente que se encuentre en ese país. El tercero recibe la posesión material del inmueble y se produce en ese momento la transmisión del riesgo de pérdida fortuita o deterioro al comitente. En estos supuestos se confirma la regla de la transmisión de los riesgos.

Se requiere precisar que el tercero que recibe el bien debe ser alguien diferente al vendedor para que no se produzca la *Besitzkonstitut*²⁷⁶, posesión constructiva. El término *Constitutum possessorium* constituye aquella *traditio ficta* o entrega ficticia de la cosa, en la que el transmitente (vendedor) continúa poseyendo la cosa como arrendatario o depositario. El poseedor inmediato (transmitente o vendedor) continua con la cosa, pero pasando a reconocer la posesión mediata de otro. El Código Civil no lo prevé expresamente, pero puede considerarse incluida en la tradición instrumental del art. 1462CC, párrafo segundo, o en el art. 1463CC. La obligación de entrega de la cosa es la obligación principal del vendedor. Esta obligación consiste en ponerla cosa en poder y posesión del comprador. La entrega de la cosa, tradición o *traditio*, puede manifestarse de diversas formas: material, simbólica y espiritual. El *constitutum possessorium*, también denominado tradición simbólica, implica que el vendedor continúa poseyendo la cosa, pero por título distinto al de propietario, sin que se verifique, por tanto, una efectiva toma de posesión por el comprador.

Nos planteamos qué ocurriría con la transmisión de los riesgos en los supuestos en los que el vendedor o constructor continúa poseyendo los bienes o la construcción. Este punto es controvertido. La transferencia de la estructura no se ha producido por lo que la transmisión de los riesgos al comitente o cliente no se ha producido. La posesión

²⁷⁶ LILLEHOLT, K. (2011) «Passing of Risk and the Risk of Mystification...», ob. cit., p. 926.

material y el control continúa bajo la responsabilidad del constructor que tendrá entre sus obligaciones contractuales proteger la estructura de daños externos. El art. IV.C.-3:108 DCFR sitúa el momento relevante en la entrega o toma de control de la estructura por el comitente. Otra posibilidad más remota es entender que sí se ha producido una entrega simbólica de la estructura, en la que en el contrato se contemple que el constructor se constituye en depositario de la estructura a petición del cliente, pongamos por imposibilidad de recibirla directamente por encontrarse en otro país, pero sin efectos liberatorios para el vendedor. Sería una entrega simbólica, pero sin transmisión de los riesgos. A nuestro entender, se puede concluir que el *constitutum possessorium* conforma una excepción a la regla general de la transmisión de los riesgos.

Como conclusión, la conceptualización de las tres teorías de riesgos que contiene la presente tesis doctoral (la Teoría del Riesgo divisible, la Teoría de los niveles de riesgo según la gravedad del vicio en el contrato de obra y la Teoría de la entrega efectiva), complementarias y compatibles entre sí, pretenden configurar un Modelo sistemático de riesgos en el contrato de obra aplicable tanto al Derecho Civil como al Derecho Administrativo. La Teoría del riesgo divisible aplica durante toda la ejecución de la obra y se extiende al ciclo de vida del contrato de obra. La Teoría de la entrega efectiva se produce si se dan los supuestos de hecho planteados. La Teoría de los niveles de riesgo según la gravedad del vicio en el contrato de obra aplica cuando se ha materializado un riesgo existiendo un vicio y causado un daño. La principal diferencia entre esta teoría y la Teoría del riesgo divisible es que la Teoría de los niveles de riesgo aplica en una segunda fase, en una fase posterior, contemplando la materialización del riesgo, cuyo resultado sea un daño real y efectivo, no ya una probabilidad de daño. Este Sistema de Riesgos, conformado por las tres teorías de riesgos, se completa con la inclusión de las excepciones de la Responsabilidad y la *Besitzkonstitut*.

Como conclusión a la investigación de los riesgos en el contrato de obra en el Derecho Civil es posible afirmar que con la descripción de la existencia de múltiples riesgos en el contrato de obra, los sucesos que los desencadenan y la formulación de estas teorías se pretende aportar luz en el camino hacia la sistematización de los riesgos, siendo estas teorías susceptibles de aplicación tanto en el ámbito del Derecho Civil como en el Derecho Administrativo para elaborar Matrices de riesgos, así como con la finalidad de planificar y gestionar mejor los riesgos que conforman el contrato de obra.

Capítulo V

EL CONTRATO DE OBRAS DEL SECTOR PÚBLICO EN EL DERECHO ESPAÑOL

La vigente regulación de los Contratos de Obra Pública en el Derecho español la constituye la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. Esta nueva ley (en adelante LCSP), derogó la legislación anteriormente vigente, el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP). Antes de comenzar a analizar la regulación de los riesgos en el Contrato de Obra Pública contenidos en la citada normativa vigente, en primer lugar, resulta necesario, establecer primero el objeto y finalidad de la misma, la naturaleza jurídica del contrato y el ámbito de aplicación de los contratos del sector público en general.

1. OBJETO, NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA NUEVA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO (LCSP)

1.1. OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO (LCSP)

El art. 1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (anterior LCSP), denominado objeto y finalidad, establecía que su objeto era la regulación de la contratación del sector público guiada por el cumplimiento de cinco

grandes principios: Libertad de acceso a las licitaciones; publicidad; transparencia de los procedimientos; no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos; y eficiencia mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer. Todo esto en consonancia con otros tres grandes objetivos del nuevo régimen contractual público: la estabilidad presupuestaria y el control del gasto, por un lado; la salvaguarda de la libre competencia, por otro; y finalmente, la selección de la oferta económicamente más ventajosa²⁷⁷. Como novedad de la nueva Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público²⁷⁸ se añade el Principio de Integridad. La contratación pública en términos económicos representa el 20% del PIB en Europa y el 18,5% del PIB en España. La OCDE ha expresado que la contratación pública se ha identificado como la actividad gubernamental más vulnerable a la corrupción. La Comisión Europea ha afirmado que España es uno de los países que considera con un 95% de sus encuestados que la corrupción está muy extendida en el país, frente a la media europea que se sitúa en torno al 76%. Frente a la corrupción, se introduce en la nueva ley el Principio de Integridad, que se garantiza mediante la libertad de acceso a las licitaciones, publicidad posibilitada por la transparencia de los procesos, no discriminación e igualdad de trato entre las empresas licitadoras. La inclusión del Principio de Transparencia encuentra una referencia en el Dictamen del Consejo de Estado de 10 de marzo de 2016 al señalar la necesidad de: «Mejorar la transparencia en la contratación pública». La memoria del anteproyecto recoge que: «La contratación pública es uno de los sectores de la economía en el que se reflejan con mayor intensidad las prácticas antiéticas».

Por su parte, también el Parlamento Europeo en su Resolución de 6 de mayo de 2010, sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades y la lucha contra el fraude, puso de manifiesto que: “el sector de la contratación pública es el más expuesto a los riesgos de gestión irregular, fraude y corrupción y que estas conductas ilícitas distorsionan el mercado, provocan un aumento de los precios y de las tarifas abonadas por los consumidores para la adquisición de bienes y servicios, y siembran la

²⁷⁷ VICENTE IGLESIAS, J. L. (2011), *Comentarios a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid, pp. 63 y ss.

²⁷⁸ Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

desconfianza con respecto a la Unión Europea²⁷⁹». En este mismo sentido, el Informe de Anticorrupción de la Unión Europea 2014 anima a los Estados Miembros de la Unión Europea a mantener una actitud proactiva contra las prácticas corruptas en tanto puede ponerse en riesgo la competitividad en la Unión Europea. Por estos antecedentes, la nueva LCSP considera la contratación administrativa como un instrumento de lucha contra la corrupción, esta materia constituye una de las cuestiones transversales que recorren la espina dorsal de la LCSP y se configura como un objetivo central de la misma²⁸⁰.

Además, como novedad digna de mención por su trascendencia, el apartado 3 del art. 1 de la Ley 9/2017 añade también que: «En toda la contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos». Añade, asimismo, que: «Igualmente, se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social». En concreto, la LCSP regula que se incluyan consideraciones de tipo social, medioambiental y de innovación y desarrollo. Se impone al órgano de contratación la obligación de introducirlas, pero se le otorga la libertad de decidir si incluirlas como criterio de adjudicación o como condición especial de ejecución. En lo referente a los criterios medioambientales, se exigen certificados de calidad a las empresas licitadoras, como condición de solvencia técnica, para acreditar la experiencia o el «buen hacer» de dicha empresa en el ámbito de la protección del medio ambiente²⁸¹.

Otra novedad trascendente de la Ley 9/2017 es la reconfiguración de la tipología contractual típica del ámbito administrativo. Se elimina el contrato de colaboración público-privada y se sustituye el contrato de gestión de servicio público por el contrato de concesión de servicios. La conjunción de factores de diversa índole coadyuva a

²⁷⁹ PARLAMENTO EUROPEO (2010), *Resolución de 6 de mayo de 2010, sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades y la lucha contra el fraude*. DOUE C81E, de 15 de marzo de 2011.

²⁸⁰ PALOMAR OLMEDA, A. y GARCÉS SANAGUSTÍN, M., et al. (2018), *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público. Adaptados a la Orden HFP/1298/2017, de 26 de diciembre*. La Ley, Wolters Kluwer, Madrid, p. 34.

²⁸¹ Se recogen también en el Dictamen del Consejo de Estado nº 1.116/2015, de 10 de marzo de 2016, sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público.

explicar esta nueva regulación. Por un lado, las exigencias de las Directivas Comunitarias y, por otro, el deseo de analizar o solventar algunos problemas centrales de la «gran contratación administrativa» que se han debatido en los últimos años entorno a la explicación del concepto equilibrio económico de los contratos²⁸².

El art. 2 LCSP delimita el ámbito de aplicación mediante la definición de qué son los contratos del sector público, que se caracterizan por dos aspectos: carácter oneroso y son concluidos por alguno de los entes, organismos y entidades del art. 3 LCSP. Y a éstas se une una tercera característica, la irrelevancia de su naturaleza jurídica (administrativos y privados), siempre que se cumplan esas dos características, para ser calificado como contrato del sector público. Una de las características más relevantes es que la propia LCSP, por sugerencias del Consejo de Estado²⁸³, define qué debe entenderse por el término contrato oneroso: «en los casos en que el contratista obtenga algún tipo de beneficio económico, ya sea de forma directa o indirecta». Se trata de una definición de carácter específico y propia de la normativa de contratos más allá de la que establece con carácter general el art. 1274 CC: «En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte...». Se sustituye la «prestación o promesa» que recoge el Código Civil por «obtención de algún beneficio económico». En una interpretación a contrario sensu, algunos autores consideran que con esta definición de contrato oneroso se trata de considerar que los negocios jurídicos gratuitos o de mera liberalidad quedan fuera del ámbito contractual común de las Administraciones Públicas²⁸⁴. A nuestro entender, no resulta razonable definir que los contratos públicos son onerosos solamente si el contratista obtiene un beneficio económico porque supone una contradicción en sí mismo en relación con el concepto de interés público que debe impulsar y sustanciar la contratación pública.

El art. 3 LCSP regula el Ámbito subjetivo, quizás el precepto más complejo de la Ley. Es conveniente destacar que esta Ley de Contratos no es ya de las «Administraciones Públicas», sino del «Sector Público», realizando el legislador una

²⁸² PALOMAR OLMEDA, A. y GARCÉS SANAGUSTÍN, M., et al. (2018), *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público...*, ob. cit., p. 35.

²⁸³ CONSEJO DE ESTADO (2016), *Dictamen nº 1.116/2015, de 10 de marzo de 2016. Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público*.

²⁸⁴ PALOMAR OLMEDA, A. y GARCÉS SANAGUSTÍN, M., et al. (2018), *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público...*, ob. cit., p. 53.

ampliación del ámbito de aplicación subjetivo de las normas sobre contratación pública. En este ámbito tiene especial influencia en la anterior LCSP la Directiva 2004/18/CEE. Esta Directiva está dirigida a los «Organismos de Derecho Público» y los define como cualesquiera entes, entidades u organismos que reúnan simultáneamente los tres requisitos siguientes:

- 1.- Que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.
- 2.- Que tengan personalidad jurídica, siendo indiferente que ésta sea pública o privada.
- 3.- Que en su funcionamiento reúnan alguna de las siguientes circunstancias:
 - Que su actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, por otros entes territoriales o por otros organismos de Derecho Público.
 - Que su gestión esté controlada por parte del Estado, por otros entes territoriales o por otros organismos de Derecho Público.
 - Que más de la mitad de los miembros del órgano de administración, dirección o vigilancia sea nombrada por el Estado, por otros entes territoriales o por otros organismos de Derecho Público.

El TRLCSP, partiendo de la anterior regulación, siguió adoptando un sistema que puede denominar de «Triple capa»²⁸⁵: Una primera capa, integrada por las Administraciones Públicas; una segunda que se correspondería con lo que la Ley denomina los «Poderes adjudicadores»; y una tercera en la que quedarían englobados «otros entes del sector público». Una de las manifestaciones de la complejidad de este ámbito subjetivo queda reflejada en que esas tres capas no son independientes, sino que se superponen en parte: las Administraciones Públicas a la vez son poderes adjudicadores y tiene la consideración de entes del sector público; los poderes adjudicadores (que pueden ser o no administraciones públicas) siempre tendrán la consideración de entes del sector público. Por último, hay «otros» entes del sector público que sólo responden a esta calificación legal. Es trascendental identificar con precisión estos entes, entidades u organismos, puesto que, dependiendo de la calificación, así será la mayor o menor intensidad de aplicación de la LCSP.

²⁸⁵ VICENTE IGLESIAS, J. L. (2011), *Comentarios a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público*, ob. cit., pp. 70 y ss.

Como novedad de la Ley 9/2017, se incorporan como sujetos los partidos políticos, organizaciones sindicales, y las organizaciones empresariales y asociaciones profesionales a las que se refiere la Ley 19/1977, de 1 de abril, sobre regulación del derecho de asociación sindical, además de las fundaciones y asociaciones vinculadas a cualquiera de ellos, cuando cumplan los requisitos para ser poder adjudicador, y respecto de los contratos sujetos a regulación armonizada deberán actuar conforme a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, igualdad y no discriminación sin perjuicio del respeto a la autonomía de la voluntad y de la confidencialidad cuando sea procedente. Asimismo, deberán aprobar instrucciones internas de contratación, que deben adecuarse a las Normas Comunitarias, ser informadas por el órgano que asuma su asesoramiento jurídico y publicarlas en su página web.

Volviendo a las dos características propias del contrato del sector público, además de los contratos onerosos celebrados por los entes del art. 3 son contratos del sector público aquellos celebrados por personas físicas o jurídicas con terceros cuando están subvencionados por entes del sector público en determinados casos, como regula el art. 23 LCSP²⁸⁶.

Antes de continuar es preciso conceptualizar el término «contrato de obras» para la legislación de contratos del Sector Público, analizando la definición que realizaba el art. 6 TRLCSP²⁸⁷. Esta definición supone una evolución en cuanto a la legislación anterior,

²⁸⁶ Art. 23 LCSP: 1) Contratos subvencionados sujetos a una regulación armonizada, que son los contratos de obras y los de servicios que estén subvencionados, de forma directa en más de un 50 por 100 de su importe, por entidades que tengan la consideración de poderes adjudicadores de alguna de las siguientes dos categorías:

a) Contrato de obra que tengan por objeto actividades de ingeniería civil correspondientes a la sección F, división 45, grupo 45.2 de la Nomenclatura General de Actividades Económicas de las Comunidades Europeas (NACE), o la construcción de hospitales, centros deportivos, recreativos o de ocio, edificios escolares o universitarios y edificios de uso administrativo, siempre que su valor estimado sea igual o superior a 5.350.000 euros.

b) Contratos de servicios vinculados a un contrato de obras de los definidos en la letra a), cuyo valor sea igual o superior a 214.000 euros.

Cifras actualizadas por el art. único1.a) de la Orden HAC/1272/2019, de 16 de diciembre, por la que se publican los límites de los distintos tipos de contratos a efectos de la contratación del sector público a partir del 1 de enero de 2020.

²⁸⁷ Art. 6 Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público:

«1. Son contratos de obras aquéllos que tienen por objeto la realización de una obra o la ejecución de alguno de los trabajos enumerados en el Anexo I o la realización por cualquier medio de una obra que responda a las necesidades especificadas por la entidad del sector público contratante. Además de estas prestaciones, el contrato podrá comprender, en su caso, la redacción del correspondiente proyecto.

en cuanto que se objetiva al máximo el concepto de obra pública al remitirse a un catálogo exhaustivo del conjunto de trabajos, los contemplados en el Anexo I de la Ley, que pueden encuadrarse en el concepto de contrato de obras. Esa delimitación obedece a los parámetros que se establecen en la propia Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (Considerando 10), definiendo el contrato de obras en el art. 1.2 b) que ha sido traspuesto en la Ley de Contratos del Sector Público²⁸⁸. En la nueva ley el contrato de obra se define en el art. 13 LCSP, de contenido equivalente al art. 6 TRLCSP. De conformidad con el art. 13 LCSP, el objeto del contrato lo constituyen:

- a) La ejecución de una obra, aislada o conjuntamente con la redacción del proyecto, o la realización de alguno de los trabajos enumerados en el Anexo I.
- b) La realización, por cualquier medio, de una obra que cumpla los requisitos fijados por la entidad del sector público contratante que ejerza una influencia decisiva en el tipo o el proyecto de la obra.

La LCSP establece dos indicaciones adicionales en la definición del contrato de obra:

- Por «obra» se entenderá el conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil, destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica, que tenga por objeto un bien inmueble.

También se considerará «obra» la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del terreno o de su vuelo, o de mejora del medio físico o natural.

Se añade como requisito adicional, regulado en el art. 13.3 LCSP, que debe tratarse de obras completas, entendiéndose como obra completa «la susceptible de ser entregada al uso general o al servicio correspondiente, sin perjuicio de las ampliaciones de que

2. Por «obra» se entenderá el resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil, destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica, que tenga por objeto un bien inmueble».

²⁸⁸ CEPEDA MORRÁS, J. y YÁÑEZ DÍAZ, C. (2008), *Comentarios a la legislación de contratos del Sector Público*, Tirant lo Blach Tratados, Valencia, pp. 79 y ss.

posteriormente pueda ser objeto y comprenderá todos y cada uno de los elementos que sean precisos para la utilización de la obra».

1.2. REGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE OBRAS EN LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

La LCSP establece por una parte una regulación general para los contratos y por otra parte una regulación específica del contrato de obras. La regulación general está contenida en el Título Preliminar; en el Libro I (Configuración General de la Contratación del Sector Público y elementos estructurales de los contratos); Libro II (De los contratos de las Administraciones Públicas); Libro III (De los contratos de otros entes del sector público); y Libro IV (Organización administrativa para la gestión de la contratación).

La regulación específica aplicable al Contrato de obra, está regulada en el Libro II denominado «De los contratos de las Administraciones Públicas», por el Título II bajo la rúbrica «De los distintos tipos de contratos de las Administraciones Públicas». Concretamente, el Capítulo I (arts. 231 a 246 LCSP) es el dedicado en la nueva LCSP al Contrato de Obra.

El art. 232 LCSP establece la clasificación de las obras, a los efectos de la elaboración del proyecto de obras atendiendo a su objeto y naturaleza en:

- a) Obras de primer establecimiento, reforma, restauración y rehabilitación o gran reparación.
- b) Obras de reparación simple.
- c) Obras de conservación y mantenimiento.
- d) Obras de demolición.

La obligación esencial del contratista es ejecutar las obras con estricta sujeción a las estipulaciones contenidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y al proyecto que sirve de base al contrato y conforme a las instrucciones que en interpretación técnica de este diere al contratista la Dirección facultativa de las obras (art. 238.1 LCSP). El contratista tiene la obligación de ejecutar la obra personalmente,

lo que constituye una manifestación propia de todos los contratos administrativos, en los que generalmente tiene una importancia decisiva *el intuitus personae*²⁸⁹.

Constituye una obligación esencial del contratista el ejecutar las obras dentro del plazo total fijado en el contrato para la ejecución, así como los plazos parciales contenidos en el contrato para su ejecución sucesiva. Reiterada doctrina del Consejo de Estado²⁹⁰ establece que el vencimiento de los plazos contractualmente pactados para la ejecución de la obra por causas imputables al contratista determina *ipso iure* la calificación de incumplimiento, sin que sea necesaria la previa intimidación de la Administración. El incumplimiento de los plazos de ejecución tiene diferentes efectos dependiendo de si es imputable a la Administración o al contratista. Si el incumplimiento del plazo de ejecución es imputable a la Administración, el contratista podrá solicitar la prórroga del plazo de ejecución de las obras y la Administración está obligada a concedérsela. Si fuese imputable al contratista, el órgano de contratación podrá imponerle penalidades o, en su caso, resolver el contrato.

En lo referente a la aportación de los materiales de obra, la LCSP establece que la Administración podrá aportar, total o parcialmente, los materiales, maquinaria, instalaciones u otros medios destinados a su ejecución. *A sensu contrario*, con carácter general el constructor está obligado a aportar los materiales necesarios para la ejecución de la obra. En todo caso, cuando la Administración facilite al contratista materiales para la obra, se considerarán éstos en depósito desde la entrega, siendo el contratista responsable de su custodia y conservación hasta que la obra sea recibida, sin perjuicio de que el órgano de contratación pueda fijar en el PCAP las garantías que estime pertinentes (art. 119 RGCAP).

²⁸⁹ GARCÍA TRAMÓN, J. en PALOMAR OLMEDA, A. y GARCÉS SANAGUSTÍN, M., et al. (2018), *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público...*, ob. cit., p. 629.

²⁹⁰ CONSEJO DE ESTADO, Dictamen 912/1997 de 27 de febrero de 1997 y Dictamen 54.472/1990 de 1 de marzo de 1990.

1.3. DEBATE DOCTRINAL SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE OBRAS ADMINISTRATIVO

El contrato de obra pública constituye el contrato típico por excelencia en el ámbito de la contratación administrativa²⁹¹. Muestra de ello es la considerable regulación que se le ha dispensado en nuestro Ordenamiento Jurídico. La larga tradición de esta figura contractual ha permitido que la doctrina y los Tribunales hayan delimitado su naturaleza y características esenciales, que podrían resumirse en dos; por un lado, constituye una modulación administrativa de contrato civil de arrendamiento de obras, y por otro, se trata de un contrato de resultado²⁹².

La primera característica esencial del contrato de obra pública es que constituye una modulación administrativa de contrato civil de arrendamiento de obras regulado en los arts. 1588 y siguientes del Código Civil. Así lo ha reconocido el Tribunal Supremo mediante reiterada jurisprudencia, entre la que puede mencionarse la Sentencia de 23 de abril de 1992. De igual modo, el Consejo de Estado, en su Dictamen de 24 de octubre de 1968 señaló esta especial configuración del contrato de obra: «Es doctrina común en nuestro Derecho la que ve en el contrato de obra pública una modulación administrativa del contrato civil de arrendamiento de obras por ajuste o precio alzado, regulado en los arts. 1588 y siguientes del Código Civil. La modulación consiste en el acomodo material de la figura común al tráfico en masa de la Administración, sin merma de la naturaleza que le es propia ni de sus fundamentales rasgos distintivos».

En cuanto a la naturaleza del contrato Administrativo de Obras Públicas, ésta no difiere en lo esencial de la del contrato privado del mismo objeto regulado en el art. 1554 CC, determinando el objeto no solo el concepto sino también la naturaleza de este contrato. La mencionada modulación administrativa del contrato civil de arrendamiento no se circunscribe a un mero debate doctrinal, sino que conlleva indudables

²⁹¹ A este respecto, GARRIDO FALLA, F. (2008) señala que: «En Derecho español el contrato de obras públicas no es sólo un contrato claramente administrativo, sino que incluso puede decirse que es el contrato administrativo por excelencia. Es ésta una consecuencia de la tradicional atribución legal que de este contrato se hace a la jurisdicción contenciosa-administrativa, así como de la rica y ya añeja reglamentación de su régimen que contiene nuestro Ordenamiento jurídico», *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid. Volumen II, p. 72.

²⁹² GARCÍA TRAMÓN, J. en PALOMAR OLMEDA, A. y GARCÉS SANAGUSTÍN, M., et al. (2018), *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público...*, ob. cit., p. 592.

consecuencias prácticas, como la aplicación subsidiaria al contrato de obra pública de las normas del Código Civil reguladoras del contrato de arrendamientos de obras. Los Tribunales también se han pronunciado en este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 1988 afirma:

«Por lo que es clara la subsunción del contrato debatido en el de obras, conforme al art. 1544 del Código Civil que es, en último lugar, a donde habría que acudir, puesto que el fondo de estos contratos de derecho administrativo reside en el derecho civil, con las peculiaridades que derivan de la intervención en ellos de la Administración como contratante y de su finalidad de servicio público».

En esencia, y como segunda característica definitoria, se trata de un contrato de resultado o *locatio conductio operis*, en el que la obligación principal del contratista es la entrega de la obra a satisfacción de la Administración. La naturaleza de esta figura contractual es reconocida unánimemente por la doctrina y la jurisprudencia v.gr. STS 5/12/1988. Ponente Bruguera Manté: «Lo que más caracteriza al contrato de obra (*locatio operis*) y lo que lo distingue del de servicios es que en aquél el empresario se obliga a producir un resultado de trabajo (obra) y el comitente a pagarle una remuneración, en tanto que en el contrato de servicios el arrendatario no se obliga a ejecutar una obra, sino a prestar un servicio; y mientras que en el contrato de obra se compromete el resultado a producir por la actividad o por el trabajo, en el de servicios se promete el trabajo en cuanto a tal». El objeto del contrato no es en rigor la actividad desarrollada por el contratista, sino su resultado, la obra completa y acabada, de tal manera que ni el contratista puede cumplir el contrato de manera sucesiva, dado que la obra es indivisible, ni la Administración está obligada al pago hasta que la recibe terminada²⁹³. La consecuencia jurídica principal de su configuración como contrato de resultado es que la responsabilidad de la ejecución recae sobre el contratista, realizándose con carácter general, a riesgo y ventura del contratista. De este modo, la Administración contratante no tiene que pagar más de lo convenido, salvo en el supuesto de aumento de la obra consentido por la misma.

²⁹³ GARCÍA TRAMÓN, J. en PALOMAR OLMEDA, A. y GARCÉS SANAGUSTÍN, M., et al. (2018), *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público...*, ob. cit., p. 593.

En definitiva, tal y como señala el Tribunal Supremo: «el contrato de obras se configura como un contrato de resultado y no de actividad, es decir, el contratista se obliga a entregar la obra totalmente terminada, por un precio alzado, asumiendo tanto la mayor onerosidad que la ejecución de la obra pueda suponer (riesgo) como beneficiándose de su menor coste (ventura). Repetimos, la esencia del contrato de obras se encuentra en el resultado final –entregar la obra terminada en plazo– con independencia de la actividad realizada para llegar a este resultado»²⁹⁴.

Sin embargo, el paralelismo existente entre el contrato de obra pública administrativa y el de obra civil, encuentra un punto de divergencia fundamental en la presencia en el primero de una Administración Pública como consecuencia del que en la contratación de obra pública existen una serie de prerrogativas para el contratante que no existen en la obra civil como el conocido como *ius variandi*. En el ámbito de la actuación administrativa cabe plantearse una cuestión que es una constante: Todo contrato que tenga por objeto realizar una obra será administrativo siempre que el contratante sea un Ente del Sector Público de los recogidos en la LCSP, o por el contrario será necesario algún elemento adicional además del subjetivo que caracterice dicha actividad contractual como pública²⁹⁵.

La respuesta a esta cuestión constituye un debate doctrinal extenso ligado al concepto de obra pública. La anterior Ley de Contratos del Estado de 1965 no definía el contrato de obras. Por este motivo, algún sector de la doctrina en base a que la calificación del contrato celebrado por la Administración como administrativo residía en la presencia del interés público, entendió que el contrato administrativo de obras era el que recogía la Ley de Obras Públicas de 1877. El objeto material del contrato administrativo de obras debía ser un inmueble destinado a un uso o servicio público, por lo que en los demás casos la Administración tenía que acudir a la regulación del arrendamiento civil de obras. Sin embargo, no es esta teoría la que se ha impuesto, puesto que tanto la anterior Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, el TRLCSP anterior, como la actual LCSP no refieren la figura a un destino específico de la obra, sino que se define el contrato por su objeto independientemente de su finalidad;

²⁹⁴ STS de 28 de febrero de 2007 y de 8 de febrero de 2016, entre otras muchas.

²⁹⁵ CEPEDA MORRÁS, J. y YÁÑEZ DÍAZ, C. (2008), *Comentarios a la legislación de contratos...*, ob. cit., pp. 82 y ss.

cualquier contrato de obras de una entidad incluida dentro del ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP se rige por dicha legislación y es un contrato Administrativo. Esta opinión no es defendida por la totalidad de la doctrina, considerando algunos autores como contratos de obra pública estrictamente sólo aquellos en los que aparezca un interés público y no las obras privadas de la Administración.

Cabe concluir este debate doctrinal afirmando que *de lege lata*, todos los contratos de obras en los que intervenga una entidad pública de las descritas en el art. 3 LCSP, independientemente del fin a que se destine la obra, son contratos administrativos. El art. 2 de la nueva LCSP establece con claridad: «Son contratos del sector público y, en consecuencia, están sometidos a la presente Ley en la forma y términos previstos en la misma, los contratos onerosos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que celebren las entidades enumeradas en el art. 3». Las obras financiadas con cargo al Presupuesto, es decir, con fondos públicos, con independencia de la finalidad y bien sobre el que se ejecuten, son Obras Públicas y por ende dentro del ámbito de aplicación de la Ley. El anterior TRLCSP hacía referencia a «los contratos cualquiera que sea su naturaleza jurídica», incorporando como novedad la nueva ley el concepto de «contratos onerosos» y definiendo la onerosidad requerida en los contratos: «Se entenderá que un contrato tiene carácter oneroso en los casos en que el contratista obtenga algún tipo de beneficio económico, ya sea de forma directa o indirecta».

La naturaleza jurídica de este contrato amén de ser un contrato de resultado, lo conforma ser un tipo negocial de naturaleza sinalagmática, ya que frente a la obligación principal del contratista, el contratante está obligado al pago del precio, rasgos que lo diferencian, entre otros aspectos, del contrato de concesión de obra pública. Para delimitar adecuadamente la naturaleza del contrato administrativo de obra conviene diferenciarlo de otras figuras contractuales cercanas reguladas por el ordenamiento jurídico, como el contrato de servicios, ya mencionada anteriormente su principal diferencia, y seguidamente del contrato de concesión de obra pública.

El contrato de concesión de obra pública, regulado en el art. 14 LCSP, se define como: «el contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones a que se refiere el artículo anterior, incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de

los elementos contruidos, y en el que la contraprestación a favor de aquel consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, [...] o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio...». A diferencia del contrato de obras, en el que el contratista se obliga a ejecutar la obra y la entrega por un precio a la Administración, el contrato de concesión de obra pública, el contratista además de construirla, la financia y la explota durante un período, compensando la inversión por los precios que obtiene, bien de los usuarios de las obras, bien de las cantidades abonadas por la Administración²⁹⁶.

El contrato de concesión de obra pública presenta dos características que lo diferencian del contrato de obra: tener un objeto más heterogéneo y, en lo referente a los riesgos, el derecho de explotación de las obras «deberá implicar la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos», según establece el art. 14.4 LCSP. En el mismo, la Ley define el riesgo de demanda como «el riesgo que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato», y el riesgo de suministro como «el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de servicios no se ajuste a la demanda». Este artículo tiene suma trascendencia en materia de riesgos, por cuanto constituye una atribución de riesgos por imperativo legal al concesionario. Esta atribución consagrada en la Ley 9/2017, no solo es determinante en la distribución de riesgos, sino que los riesgos adquieren tal importancia que se convierten en configuradores en sí mismos de los contratos de concesión de obras y concesión de servicios.

Los riesgos han experimentado una profunda transformación en su evolución, han pasado de ser ignorados en las primeras leyes de contratos administrativos y en las anteriores Directivas de la UE, como se muestra en la figura nº 3, en las que apenas se mencionaban, hasta convertirse en la actualidad en esenciales en la contratación, hasta tal punto que estos contratos se configuran como tales en torno al riesgo, a la atribución del riesgo al concesionario por imperativo legal. Dicha atribución del riesgo se refiere al riesgo operacional, que abarca el riesgo de demanda y el riesgo de suministro. La LCSP establece que el derecho de explotación de las obras deberá implicar la transferencia al

²⁹⁶ CONSEJO DE ESTADO, Dictamen núm. 1.116/2015, de 10 de marzo de 2016, sobre el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público.

concesionario de un riesgo operacional, que abarca el riesgo de demanda o el riesgo de suministro o ambos. Es el riesgo el elemento central que define al contrato hasta tal extremo que si el concesionario no soporta el riesgo operacional no se puede definir el contrato como de concesión de obras o de concesión de servicios, como consecuencia de que el riesgo es precisamente el elemento esencial en la configuración del contrato.

Las preguntas relevantes son las que hacen que el mundo evolucione. A la pregunta de quién determina cuan extenso es el riesgo operacional que asume el concesionario, la respuesta no es simple. Podría plantearse una inmediata aplicación supletoria del Derecho civil del Principio de la autonomía de la voluntad o libertad contractual de las partes del art. 1255 CC para establecer pactos y cláusulas de riesgos de común acuerdo entre las partes del contrato. Sin embargo, he aquí el principal punto de divergencia fundamental entre contrato de obra civil y contrato de obra administrativa en la presencia de la Administración Pública como parte contractual. La práctica contractual, con carácter general, muestra que es la Administración la que establece la distribución de los riesgos relevantes. De este modo lo regula el art. 250 LCSP, que describe el contenido mínimo de los pliegos de cláusulas administrativas particulares (PCAP) del contrato de concesión de obras elaborados por la Administración. Dicho artículo en su apartado m) regula que como contenido mínimo de los pliegos se debe determinar la «Distribución entre la Administración y el concesionario de los riesgos relevantes en función de las características del contrato, si bien en todo caso el riesgo operacional le corresponderá al contratista».

Generalmente el procedimiento de adjudicación aplicable son los procedimientos abiertos o restringidos, en los que es la propia Administración quién determina la distribución de los riesgos en los pliegos del contrato. Si bien, en algunos contratos de obras, servicios, concesión de obras y concesión de servicios se podrá aplicar el procedimiento negociado, en los supuestos del art. 167 LCSP, o el procedimiento negociado sin publicidad en los supuestos del art. 168 LCSP. En estos contratos la Administración y el contratista negociarán los términos del contrato. En estos casos, la aplicación supletoria del Código Civil, y más concretamente del Principio de autonomía de la voluntad, sí serán de plena aplicación. Siendo las partes las que acordarán de mutuo acuerdo cómo se distribuyen los riesgos en el contrato, pero para ello, en el Pliego de cláusulas administrativas debe constar la distribución de los riesgos dentro de

los términos negociables del contrato. La negociación del contrato de concesión de obra es la que determinará en estos casos si el contratista asume el riesgo de demanda, el riesgo de suministro, o ambos. Teniendo siempre presente como límite, que necesariamente y por imperativo legal, el concesionario asume al menos uno de estos riesgos.

Además, la Ley define en dicho artículo que se considera por asunción del riesgo operacional por el concesionario, «cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable». La definición por la Ley de los riesgos comporta seguridad jurídica.

1.4. LOS ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS DE LA ADMINISTRACIÓN COMO ALTERNATIVA AL CONTRATO DE OBRAS ADMINISTRATIVO

Entre las figuras afines al contrato de obra administrativo, la actual gestión pública utiliza de forma alternativa la figura de la Encomienda de gestión. Las encomiendas de gestión, denominados «Encargos a medios propios» por la nueva Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, hacen referencia a «una figura jurídica con singularidad propia y tradicionalmente acogida en nuestro moderno derecho contractual bajo la denominación de ejecución o realización de trabajos por la propia administración y que puede tener por objeto prestaciones propias de determinados contratos públicos como la ejecución de obras, fabricación de bienes muebles y prestación de servicios»²⁹⁷.

La Encomienda de gestión constituye una técnica organizativa en la que la Administración se autoorganiza para satisfacer determinadas necesidades públicas valiéndose de sus propios medios personales, materiales y técnicos. Las encomiendas de

²⁹⁷ PEREZ ALEGRE, V., GARCIA SERRANO, J., FAJARDO PAZ, A. en PALOMAR OLMEDA, A. (2013), *Encomienda de Gestión. Gestión Pública Actual: Régimen Jurídico y Mayor Eficacia*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 200 y ss.

gestión presentan dos tipologías, las encomiendas de gestión no contractuales y las encomiendas de gestión de naturaleza contractual, articuladas en la anterior Ley de contratos del Sector Público, arts. 4.1 n) y 24.6 TRLCSP y en el art. 106 LAJA.

Las Encomiendas de gestión se tratan de supuestos en los que las entidades públicas matrices encargan directamente a entes instrumentales de ellos dependientes la realización de determinadas prestaciones u operaciones propias. Se trata de actividades cuya orden de actuación viene dado directamente por la matriz²⁹⁸.

El Informe de la Intervención General de la Administración del Estado (IGAE) de 5 de junio de 2006 reconoce «un gran paralelismo entre la figura jurídica de la ejecución de trabajos por la propia administración y la de los supuestos de *in house providing*, hasta el punto de poder afirmarse que estos últimos no son más que una categoría de aquellos, en el sentido de que los supuestos de *in house providing* se producirán cuando a los medios y estructuras con los que cuenta la Administración para ejecutar un determinado trabajo se les dota de personalidad jurídica, pero la Administración sigue teniendo sobre dicha persona un control efectivo análogo al que tiene sobre sus propios servicios y aquella realiza la mayor parte de su actividad para la administración de quien depende».

La reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea recoge la figura de la encomienda, afirmando que: «las adjudicaciones de contratos denominadas *in house*, están justificadas por la circunstancia de que una autoridad pública que es una entidad adjudicadora tiene la posibilidad de realizar las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios, y de que esa excepción puede extenderse a las situaciones en las que el contratista sea una entidad jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora, cuando esta última ejerza sobre el adjudicatario un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y la primera

²⁹⁸ CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS, C. (2015), «Las nuevas Directivas de contratación pública: su incidencia en las encomiendas de gestión», *Revista de Auditoría Pública*, 2015 nº 65, pp. 81-98.

entidad realice la parte esencial de su actividad con la entidad o las entidades adjudicadoras que la controlan»²⁹⁹.

El Informe de la Cámara de Cuentas de Andalucía sobre la Fiscalización de las encomiendas de gestión reguladas en la legislación de contratación pública de determinadas Consejerías de la Administración Autonómica Andaluza, ejercicio 2013³⁰⁰, pone de manifiesto que en el periodo 2011-2013 se formalizaron un total de 1.008 encomiendas de gestión de tipo contractual por un importe global de 824.034,61 m€.

2. LOS RIESGOS EN EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA EN LA LCSP

2.1. LA CONFIGURACIÓN CONCEPTUAL DEL RIESGO, SU CLASIFICACIÓN Y LA GESTIÓN SISTEMÁTICA DE LOS RIESGOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

La configuración conceptual del riesgo ha experimentado una significativa evolución a lo largo del tiempo, por cuanto el propio término se ha ido precisando, partiendo del término genérico de riesgo hasta llegar al descubrimiento de la existencia de múltiples riesgos en la contratación y su conceptualización. La definición y medición de los riesgos es crucial para realizar una gestión sistemática del riesgo que proporcione un proceso de mejora de la contratación fundamentado en el principio de mejora continua. Según la máxima del físico y matemático inglés William Thomson Kelvin (1824-1907): «Lo que no se define no se puede medir. Lo que no se mide, no se puede mejorar. Lo que no se mejora, se degrada siempre». La gestión sistemática del riesgo incluye la identificación, evaluación, tratamiento y seguimiento de los riesgos existentes en la contratación. La gestión de riesgos, habida cuenta de la extensa variedad de riesgos existentes en el siglo XXI y su volatilidad, resulta muy compleja, derivando en distintos grados de incertidumbre donde emergen los posibles riesgos de la contratación,

²⁹⁹ Sentencia de TJUE, de 8 de mayo de 2014, asunto C-15/13, EU:C:2014:303.

³⁰⁰ CÁMARA DE CUENTAS DE ANDALUCÍA, *Informe sobre la Fiscalización de las encomiendas de gestión reguladas en la legislación de contratación pública de determinadas Consejerías de la Administración Autonómica Andaluza, ejercicio 2013*, que el Pleno de la Cámara de Cuentas de Andalucía incluyó en el Plan de Actuaciones para 2015.

previsibles o no, que pueden hacer peligrar el objeto de la contratación, sus costes, plazos, alcance, calidad e incluso otros aspectos relevantes en la contratación pública como la integridad y transparencia del proceso, decisivos para la protección del interés público³⁰¹.

Los riesgos son una parte consustancial de la contratación privada y pública, sin embargo, se puede controlar el impacto de los riesgos si previamente se han definido, medido y evaluado, cuestión de rigor dado la importancia creciente de la contratación en las economías de los países. La contratación pública, según datos del año 2015, alcanzaba el 10,4% del PIB en España y el 13,7% en la Unión Europea³⁰² (Comisión Europea, 2017). La Comisión Europea defiende que la contratación pública no es un mero hecho administrativo para adquirir bienes y servicios, sino que ha de utilizarse de forma estratégica para alcanzar los objetivos económicos, sociales y medioambientales de la Unión Europea. Por ello, las directivas de contratación pública recogen en su literalidad: La contratación pública desempeña un papel clave en la Estrategia 2020, establecida en la Comunicación titulada «Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador»³⁰³.

En lo que a conceptualización del riesgo se refiere, el estándar *UNE-ISO 31000 Gestión del riesgo (2018)* señala que: «el riesgo es el efecto de la incertidumbre en la consecución de objetivos». Con frecuencia se refieren igualmente a sus probabilidades y consecuencias³⁰⁴. Las Normas Internacionales para la Práctica Profesional de Auditoría Interna del Institute of Internal Auditors, IIA (2017), definen el riesgo como «la incertidumbre de que ocurra un acontecimiento que podría tener un impacto en el logro de los objetivos. El riesgo se mide en términos de impacto y probabilidad». Esta definición del riesgo se basa en cuatro conceptos relevantes: *Objetivo* como meta o resultado deseado; *Acontecimiento*, entendido como algo que podría salir mal, podría tratarse de una amenaza o un accidente; *Impacto*, probable nivel de consecuencia de un

³⁰¹ LÓPEZ HERNÁNDEZ, A. M. y MARTÍNEZ MONTES, G. (2019), «La gestión sistemática del riesgo en la contratación pública. Una oportunidad para la mejora», *Revista de Auditoría Pública, Revista de los Órganos Autonómicos de Control Externo*, junio 2019 nº 73, pp. 17-28.

³⁰² *Public Procurement Indicators 2015. DG GROW G4- Innovative and e-Procurement. Ref. Ares* (2016) 7128361-22/12/2016.

³⁰³ COMISIÓN EUROPEA (2010), *Comunicación de 3 de marzo de 2010, «Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador»*.

³⁰⁴ UNE-ISO 31000 (2018) *Gestión del riesgo*. Directrices. Asociación Española de Normalización y Certificación (AENOR), 28 de marzo de 2018, Madrid.

acontecimiento y *Probabilidad o incertidumbre* como posibilidad de que suceda un acontecimiento³⁰⁵.

La gestión del riesgo es formulada por la OCDE como una de las bases fundamentales que sustentan la contratación, configurándola como uno de los principios de la contratación pública. Los principios promulgados por la OCDE y que deben regir la contratación pública son la evaluación, transparencia, integridad, gestión del riesgo, responsabilidad, accesibilidad, equilibrio, integración, e-contratación, capacitación, eficiencia y participación³⁰⁶.

La evaluación y medición de los riesgos se revelan imprescindibles para diseñar estrategias de gestión de riesgos en la contratación. La OCDE, en concreto su Dirección de Gobernanza Pública y Desarrollo Territorial, recomienda a los gobiernos y administraciones que: «Se evalúen de forma periódica y sistemática los resultados de los procedimientos de contratación; se desarrollen indicadores de rendimiento, eficacia y ahorro en la contratación pública; se elaboren herramientas de evaluación de riesgos que permitan identificar y gestionar amenazas al sistema de contratación pública y se den a conocer las estrategias de gestión de riesgos en la contratación pública»³⁰⁷.

La evolución del concepto «riesgo» y su presencia en la legislación europea y española es prueba del incremento de la consciencia de los gobiernos en la existencia y necesaria gestión de los riesgos. En un análisis comparativo entre la legislación española en materia de contratación pública y las Directivas de la Unión Europea realizada por el Presidente de la Cámara de Cuentas de Andalucía, Antonio M. LÓPEZ HERNÁNDEZ, y por Germán MARTÍNEZ MONTES, publicado en la Revista de Auditoría Pública en 2019, se observa un paulatino aumento de la utilización del término «riesgo». De conformidad con dicho análisis, en el ámbito nacional la Ley de bases de Contratos del Estado de 1963 utilizaba el término *riesgo* en 3 ocasiones. La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (1995) contempla el término *riesgo*

³⁰⁵ LÓPEZ HERNÁNDEZ, A. M. y MARTÍNEZ MONTES, G. (2019), «La gestión sistemática del riesgo en la contratación pública...», ob. cit., pp. 19 y ss.

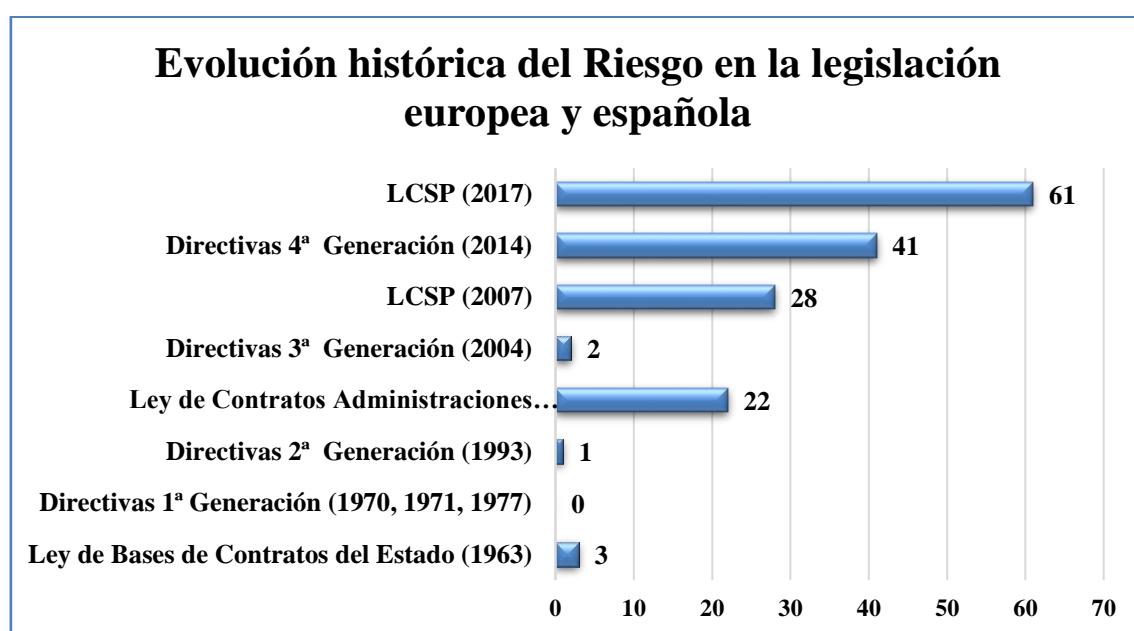
³⁰⁶ Fuente: <http://www.oecd.org/governance/procurement/toolbox/principlestools/> Consultada el 25 de julio de 2019.

³⁰⁷ OCDE (2015) *Recomendación del Consejo sobre Contratación Pública*. Dirección de Gobernanza Pública y Desarrollo Territorial, OCDE. En inglés, *OECD Recommendation on Public Procurement 2016*, pp. 11 y ss.

en 22 ocasiones, siendo España pionera en la regulación de los riesgos en comparación con la legislación de la Unión Europea. Posteriormente, la Ley de Contratos del Sector Público (2007) menciona el término *riesgo* en 28 ocasiones y la reciente nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, en 61 ocasiones (Figura 3).

En el ámbito europeo, las Directivas³⁰⁸ denominadas de 1ª Generación (1970, 1971 y 1977) no contemplan el término *riesgo*. Las Directivas de 2ª Generación (1993) tan solo mencionan el término 1 vez, dos veces las Directivas de 3ª Generación (2004) y las Directivas de 4ª Generación (2014) mencionan el término *riesgo* en 41 ocasiones. A la vista de los datos, se denota un cambio substancial en las últimas décadas en la utilización del término *riesgo* en la legislación española y europea.

Figura nº 3. Número de veces que aparece el término «riesgo» en la legislación europea y española en materia de contratación. Evolución histórica.

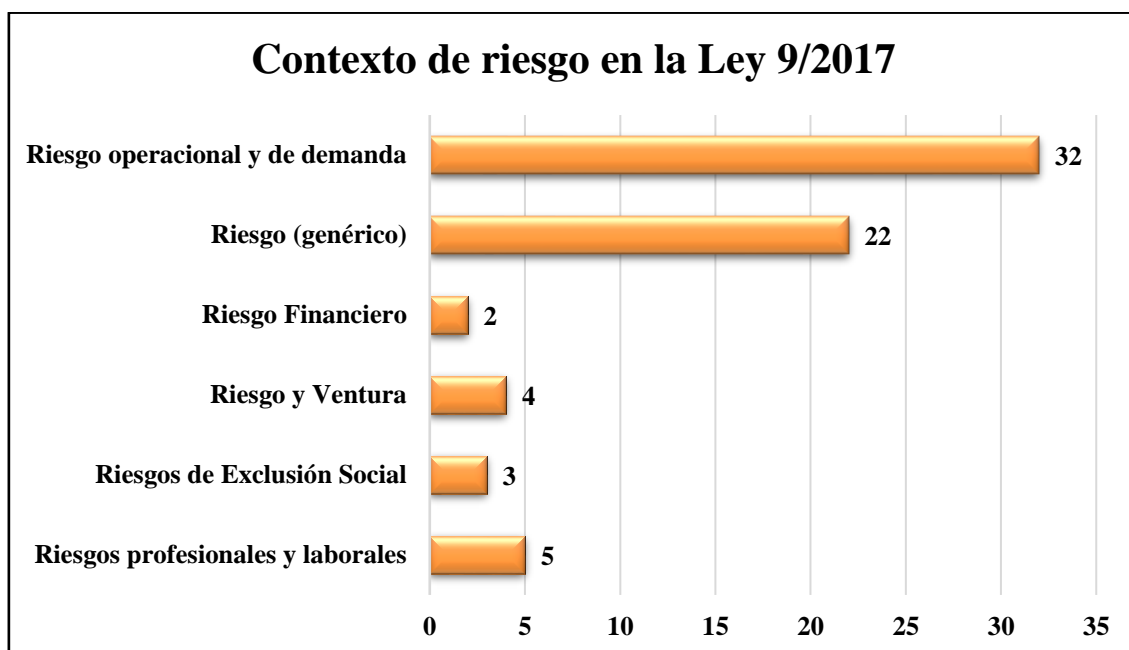


Fuente: Elaboración propia, basada en los datos de las leyes y directivas citadas y en el artículo de LÓPEZ HERNÁNDEZ, A. M. y MARTÍNEZ MONTES, G. (2019), «La gestión sistemática del riesgo en la contratación pública. Una oportunidad para la mejora», *Revista de Auditoría Pública*, junio 2019 nº 73.

³⁰⁸ Corresponden a las Directivas de 1ª Generación: Directiva 70/32/CEE, Directiva 71/305/CEE de coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obra y Directiva 77/62/CEE; Directivas de 2ª Generación: 93/36/CEE, 93/37/CEE y 93/38/CEE; Directivas 3ª Generación: 2004/17/CE y 2004/18/CE y Directivas de 4ª Generación: 2014/23/UE, 2014/24/UE y 2014/25/UE.

Tras analizar el número de veces que aparece el término *riesgo*, es interesante conocer en qué contexto se utiliza el término *riesgo* y a qué tipo de riesgo se está haciendo alusión. De tal modo, la regulación vigente en materia de contratación pública, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público contempla el riesgo en los contextos que muestra la Figura nº 4. El análisis del contexto de utilización del término *riesgo* revela que el propio legislador español y europeo, puesto que la ley transpone las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, admite la existencia de múltiples riesgos, desde la concepción genérica inicial del riesgo, en la actualidad se reconocen en un plano de igualdad la coexistencia de Riesgo operacional y de demanda, Riesgo financiero, Riesgos profesionales y laborales y Riesgos de Exclusión Social, junto al tradicional Principio de Riesgo y Ventura. El reconocimiento de la multiplicidad de riesgos, redimensiona la realidad compleja de la contratación y enfatiza el necesario diseño de una auténtica gestión sistemática del riesgo que permita desarrollar planes y medidas que mitiguen los riesgos.

Figura nº 4. Contexto en el que se utiliza el término «riesgo» en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP).



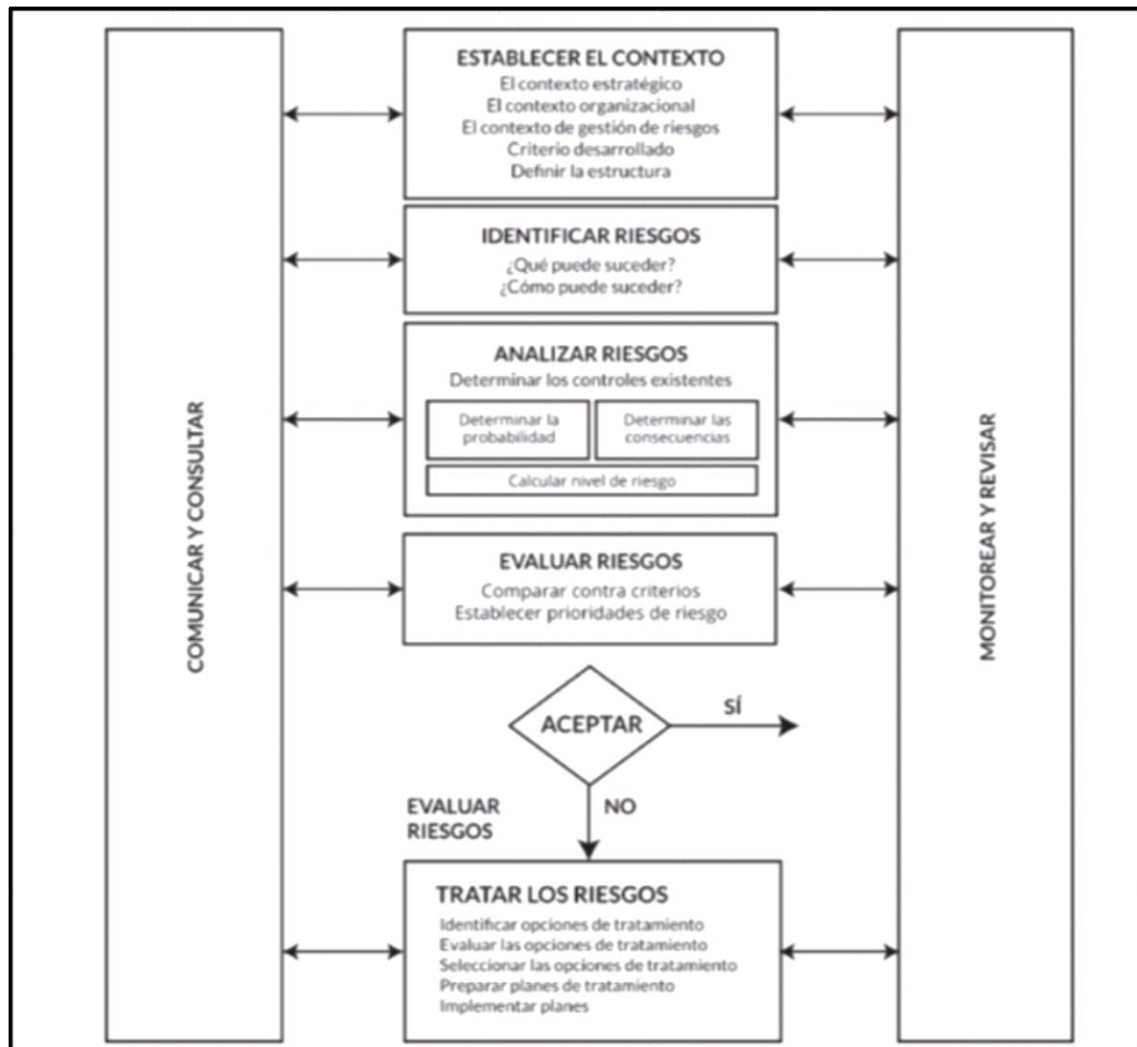
Fuente: Elaboración propia, basada en los datos de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público.

La reciente metodología propuesta para la gestión sistemática del riesgo en la contratación pública es la contenida en el estándar internacional UNE-ISO 31000, de 2018, Gestión del riesgo. Directrices³⁰⁹. El método de trabajo consiste, como se observa en la Figura nº 5, en el establecimiento como punto de partida del contexto estratégico, organizacional y de gestión de riesgos. Acto seguido comienza el proceso de Identificación de los riesgos, qué y cómo puede suceder. Posteriormente, como parte fundamental el Análisis de riesgos en el que se deben determinar los controles existentes, la probabilidad y consecuencias de cada riesgo y calcular el nivel de riesgo. Seguidamente, es preciso evaluar los riesgos, estableciendo prioridades de riesgo. Finalmente, en la etapa de Tratar los riesgos, se requiere identificar, evaluar y seleccionar las opciones de tratamiento, con la finalidad de preparar planes de tratamiento y su implementación. Es esencial ser conscientes de la existencia del riesgo a lo largo de todo el proceso de la contratación pública y no solo en el acto administrativo³¹⁰. Durante todo el proceso de gestión de los riesgos es indispensable comunicar y consultar con la entidad y monitorear y revisar los riesgos como un proceso continuo.

³⁰⁹ UNE-ISO 31000 (2018) Gestión del riesgo. Directrices. Asociación Española de Normalización y Certificación (AENOR), 28 de marzo de 2018, Madrid.

³¹⁰ FERWERDA, J., DELEANU, I. and UNGER, B. (2017), *Corruption in Public Procurement: Finding the Right Indicators*. European Journal on Criminal Policy and Research.

Figura n° 5. Marco conceptual de la gestión del riesgo. 2018 Gestión del riesgo. Directrices.



Fuente: LÓPEZ HERNÁNDEZ, A. M. y MARTÍNEZ MONTES, G. (2019), «La gestión sistemática del riesgo en la contratación pública. Una oportunidad para la mejora», *Revista de Auditoría Pública*, junio 2019 n° 73, p. 21.

En la gestión del riesgo pueden distinguirse dos etapas bien diferenciadas:

1. *Evaluación del riesgo*: que comprende la identificación del riesgo a lo largo de todo el ciclo de vida del proceso de contratación, el análisis cuantitativo y/o cualitativo de los riesgos y la valoración o calificación del riesgo.
2. *Tratamiento del riesgo*: consistente en la adopción de medidas para tratar el

riesgo: eliminación, reducción, transferencia a otros agentes o retención del riesgo por parte del agente responsable³¹¹.

En la primera etapa, la evaluación del riesgo es necesario determinar los distintos tipos de riesgos existentes y su influencia en el proceso de contratación. El Documento Conpes 3714 (MHCP, 2011)³¹², desarrollado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público del Gobierno de Colombia, es un referente porque establece una sistematización de riesgos. El Documento Conpes 3714 establece como definición que los *riesgos contractuales* son aquellas «circunstancias que pueden presentarse durante el desarrollo o ejecución de un contrato y que pueden alterar el equilibrio financiero del mismo». Una vez identificados los riesgos es *conditio sine qua non* para una gestión sistemática de riesgos realizar su clasificación en función de la clase, fuente, etapa del Proceso de Contratación en la que se encuentra el riesgo y su tipo.

Tabla n° 1. Riesgos según su clase y fuente.

CATEGORIAS	TIPOLOGIA RIESGOS.- DEFINICIONES
CLASE	1) <i>Riesgo general</i> : es un riesgo de todos los Procesos de Contratación de la entidad pública, por lo cual está presente en toda su actividad contractual.
	2) <i>Riesgo específico</i> : es un riesgo propio del Proceso de Contratación objeto de análisis.
FUENTE	1) <i>Riesgo interno</i> : es un riesgo asociado a la operación, capacidad o situación particular de la entidad.
	2) <i>Riesgo externo</i> : es un riesgo del sector del objeto del Proceso de Contratación, o asociado a asuntos no referidos a la entidad (desastres económicos, existencia de monopolios, circunstancias electorales).

Fuente: Elaboración propia, basada en el Documento Conpes 3714 (MHCP Colombia, 2011).

³¹¹ LÓPEZ HERNÁNDEZ, Antonio M. y MARTÍNEZ MONTES, Germán (2019), «La gestión sistemática del riesgo en la contratación pública...», ob. cit., pp. 22 y ss.

³¹² Ministerio de Hacienda y Crédito Público del Gobierno de Colombia, MHCP (2011), *Documento Conpes 3714. Del riesgo previsible en el marco de la política de contratación pública*.

Tabla n° 2. Riesgos según la Etapa del Proceso de Contratación.

ETAPA	
PLANIFICACIÓN	1) <i>Riesgos del procedimiento de adjudicación:</i> son los riesgos asociados a la selección del Procedimiento de adjudicación o la modalidad inadecuada al bien u obra necesitado por la entidad pública.
	2) <i>Riesgos de criterios de adjudicación inadecuados:</i> son los riesgos asociados a la selección de Criterios de adjudicación inadecuados, que supongan un incumplimiento de los Principios de Libertad de acceso a las licitaciones, Publicidad y Transparencia de los procedimientos, No discriminación e Igualdad de trato entre los licitadores, Integridad, la salvaguarda de la Libre competencia y la selección de la Oferta económicamente más ventajosa.
	3) <i>Riesgo de valoración del contrato:</i> es el riesgo de una inadecuada cuantificación o valoración del contrato, incluido el precio y las posibles prórrogas.
SELECCIÓN DEL CONTRATISTA	1) <i>Riesgo de selección del contratista:</i> Falta de capacidad de la entidad pública para promover y acometer la selección del contratista, incluyendo el riesgo de seleccionar aquellos que no cumplan con la totalidad de los requisitos habilitantes o se encuentren incursos en alguna inhabilidad o incompatibilidad.
	2) <i>Riesgo de colusión.</i>
	3) <i>Riesgo de ofertas temerariamente bajas.</i>
CONTRATACIÓN	1) <i>Riesgo de formalización del contrato:</i> es el riesgo de que no se firme el contrato, con los consecuentes efectos jurídicos de la no perfección del contrato.
	2) <i>Riesgo de Garantías:</i> es el riesgo de que no se presenten las garantías requeridas en los documentos del Proceso de Contratación o que su presentación sea tardía, extratemporal o fuera de plazo.
	3) <i>Riesgo de no publicación:</i> es el riesgo asociado al incumplimiento de la publicación.
	4) <i>Riesgo de recursos contractuales:</i> es el riesgo asociado a la interposición de Recursos contractuales de terceros sobre la selección del oferente que retrasen el perfeccionamiento del contrato.
EJECUCIÓN	1) <i>Riesgo de incumplimiento:</i> es el riesgo asociado al cumplimiento del contrato y el logro del objeto propuesto.
	2) <i>Riesgo de ruptura del equilibrio económico.</i> Desarrollado posteriormente en este Capítulo de la Tesis.
	3) <i>Riesgo de liquidación del contrato:</i> riesgos asociados a la liquidación y terminación del contrato.

Fuente: elaboración propia a partir del Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación³¹³.

El riesgo que hemos identificado en la práctica y denominado *Riesgo del procedimiento de adjudicación* son los riesgos asociados a la selección del Procedimiento de adjudicación o la modalidad inadecuada al bien u obra necesitado por la entidad pública. Asimismo, comprende el riesgo asociado a la elección de un procedimiento de adjudicación que vulnere los principios generales de la contratación. Los procedimientos de adjudicación que contempla la vigente Ley de Contratos de Sector Público (en adelante LCSP) se regulan en el art. 131 LCSP: procedimiento abierto, restringido, negociado (con y sin publicidad), diálogo competitivo y asociación para la innovación. En principio, se utilizará ordinariamente el procedimiento abierto o el procedimiento restringido (art. 131.2 LCSP). Al procedimiento negociado sin publicidad solo se podrá acudir en los supuestos específicamente previstos en el art. 168 de la Ley, al negociado con publicidad y al diálogo competitivo en los casos previstos en el art. 167 y, por último, al procedimiento de asociación para la innovación en los establecidos en el art. 177 LCSP.

Como expone el Coordinador y Auditor de la Cámara de Cuentas de Andalucía, Alejandro TERÉ PÉREZ, esta diferenciación entre procedimientos ordinarios (abierto y restringido) y el resto de procedimientos (especialmente el procedimiento negociado sin publicidad), ha permitido a las Instituciones de Control Externo (Tribunal de Cuentas y Órganos de Control Externo de las Comunidades Autónomas) distinguir entre los que respetan los principios generales de la contratación y los que limitan tales principios, concretamente el negociado sin publicidad³¹⁴.

En el *Informe de fiscalización de la contratación incluida en el ámbito de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público celebrada por los Entes, Organismos y Entidades del Sector Público madrileño, ejercicio 2011*, se señala que:

«Los contratos adjudicados respetando los principios de publicidad y
concurrentia representan en la CCAA el 89% y en cuanto a la cuantía el

³¹³ GOBIERNO DE COLOMBIA (2011), *Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación*, Colombia compra eficiente.

³¹⁴ TERÉ PÉREZ, A. (2019), «Algunos aspectos relevantes de la doctrina sobre contratación pública contenida en los informes de fiscalización de las instituciones de control externo», *Revista de Auditoría Pública, Revista de los Órganos Autonómicos de Control Externo*, junio 2019 nº 73, pp. 29-42.

97%; en las Entidades locales el 47% y de la cuantía el 86% y, por último, en las Universidades el 22% y el 65%, respectivamente³¹⁵».

Por tanto, como revela este informe, en la práctica se observa la existencia de un riesgo considerable de utilización del procedimiento negociado sin publicidad fuera de los casos previstos en el artículo 168 LCSP, que constituyen una vulneración de los principios de publicidad y concurrencia de licitadores. La materialización de este riesgo constituye en sí mismo un incumplimiento normativo. En respuesta a este riesgo, y con carácter preventivo, se debe desarrollar en todas las entidades privadas y públicas el *Compliance*. El cumplimiento normativo o *compliance*³¹⁶ es: «la necesidad de una empresa de establecer procedimientos adecuados para garantizar que tanto directivos, empleados y demás agentes relacionados cumplan con la normativa actual. Para ello es necesario identificar y clasificar los riesgos legales a los que se enfrentan y establecer mecanismos de prevención, gestión, control y reacción. Cuando hablamos de marco normativo no solamente nos referimos a leyes sino también a políticas internas, los compromisos con clientes, proveedores o terceros, y especialmente los códigos éticos que la empresa se haya comprometido a respetar, pues existen multitud de casos en los que una actuación puede ser legal pero no ética».

Junto al *compliance* y para garantizar su implementación ha surgido la figura del *Compliance Officer*, que será el responsable de asegurar el cumplimiento de la normativa vigente de aplicación o de cualquier tipo de legislación relacionada con el sector. Esta figura es definida como el encargado en nombre de la persona jurídica, incluso en el caso de que sean agentes externos, de hacer efectivos los controles de prevención³¹⁷. Desde el 1 de julio de 2015, la reforma del Código Penal obliga a toda empresa o profesional a contar en su plantilla con un Director de Cumplimiento Normativo o los servicios de una empresa externa para realizar esta labor. Esta figura tendrá un papel imprescindible en la prevención del denominado *Riesgo de Compliance*, definido por la Norma ISO 19600 como «el efecto de la incertidumbre sobre los

³¹⁵ CÁMARA DE CUENTAS DE MADRID, *Informe de fiscalización de la contratación incluida en el ámbito de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público celebrada por los Entes, Organismos y Entidades del Sector Público madrileño*. Ejercicio 2011, p. 10.

³¹⁶ MORENO GARCÍA, E. (2017), «¿Qué es el compliance?» <http://www.autonomo.es/opinion/item/5403-que-es-el-compliance>.

³¹⁷ CRESPO BARQUERO, P. (2016), *La reforma del Código penal operada por LO 1/2015, de 30 de marzo: responsabilidad penal de las personas jurídicas*, p. 24.

objetivos de compliance». Según Bleker y Hortensius, «la gestión del *compliance* va más allá de la mera satisfacción de los requisitos legales. El *compliance* también está relacionado con satisfacer las necesidades y expectativas de la mayoría de las partes interesadas. Por lo tanto, tomar decisiones acertadas y establecer prioridades es una parte importante del *compliance*. ISO 19600 sigue un enfoque basado en el riesgo para la gestión del *compliance*»³¹⁸.

Por otra parte, la práctica contractual española muestra una utilización inadecuada del procedimiento negociado. Según el artículo 166.1 LCSP³¹⁹, este procedimiento requiere una negociación de las condiciones del contrato. Las Directivas Comunitarias y la doctrina de las Juntas Consultivas de Contratación y de los Tribunales de Recursos Contractuales consideran que se trata de un procedimiento excepcional o no ordinario, solo y exclusivamente aplicable en los casos tasados en la Ley, y que por ese carácter excepcional se le confiere un régimen que difiere de las reglas de los procedimientos abiertos y restringidos. Este carácter lo recoge el *Informe de fiscalización de determinadas áreas de la Diputación Provincial de Córdoba, ejercicio 2015*, elaborado por la Cámara de Cuentas de Andalucía:

«A este respecto cabe señalar que el procedimiento negociado se configura como un procedimiento extraordinario al que los órganos de contratación pueden acudir solamente en los supuestos tasados en el TRLCSP, y siempre, y en todo caso, justificando debidamente en el expediente la decisión de acudir a este procedimiento, en detrimento de los considerados normales u ordinarios (abierto y restringido), en los que los principios generales de la contratación imperan con toda su intensidad³²⁰».

La Ley de Contratos del Sector Público vigente establece que el procedimiento negociado solo podrá ser utilizado en los supuestos taxativamente enumerados en el artículo 167 LCSP, y para el procedimiento negociado sin publicidad en los supuestos del artículo 168 LCSP. El riesgo del procedimiento inadecuado opera en la contratación,

³¹⁸ BLEKER, S. and HORTENSIUS, D. (2014), *ISO 19600: the development of a global standard on compliance management*, Business compliance 02/2014, Baltzer science publishers.

³¹⁹ Según el art. 166.1 LCSP: «En los procedimientos con negociación la adjudicación recaerá en el licitador justificadamente elegido por el órgano de contratación, tras negociar las condiciones del contrato con uno o varios candidatos».

³²⁰ CÁMARA DE CUENTAS DE ANDALUCÍA (2018), *Informe de fiscalización de determinadas áreas de la Diputación Provincial de Córdoba, ejercicio 2015*, BOJA núm. 94 de 17/05/2018, p. 19.

en tanto en cuanto, puede ocurrir que el órgano de contratación utilice el procedimiento negociado en supuestos no contemplados en la Ley, haciendo uso de un procedimiento excepcional de forma ordinaria como práctica recurrente, revistiendo una contratación ordinaria con el régimen excepcional del procedimiento negociado sin mediar incluso la requerida negociación que justifique el procedimiento. Así lo pone de manifiesto el mencionado Informe de la Cámara de Cuentas de Andalucía al señalar lo siguiente:

«El elemento diferenciador del procedimiento negociado respecto de los procedimientos abierto y restringido, es que mientras en éstos no es posible negociar la propuesta presentada por el licitador, en el procedimiento negociado se exige la negociación, debiendo fijarse previamente en el pliego y, en su caso, en el anuncio cuál será su objeto, o como señala el [...] TRLCSP, los aspectos económicos y técnicos que hayan de ser objeto de la misma³²¹».

En el *Informe de fiscalización de la contratación administrativa celebrada en el ámbito de la Administración General e Institucional de la Comunidad Autónoma, ejercicio 2016*, elaborado por el Consejo de Cuentas de Castilla y León, se establece:

«En cuatro contratos (dos de la Gerencia de Salud y dos de la Consejería de Educación) adjudicados mediante procedimiento negociado la definición de los aspectos de negociación contiene deficiencias, o no hay constancia en el expediente de haberse realizado una efectiva negociación de las proposiciones recibidas, conforme determina [el] TRLCSP³²²».

Del mismo modo, en determinados casos la negociación se produce de forma distinta dependiendo del centro gestor al que pertenece el expediente. Por este motivo, se recomienda el establecimiento de procedimientos homogéneos para efectuar la negociación, de tal forma que el órgano de contratación determine en el Pliego de cláusulas administrativas particulares el proceso que se seguirá. Esta homogeneización reducirá el riesgo de procedimiento inadecuado porque el establecimiento del proceso de negociación en los pliegos exigirá la implementación efectiva del proceso de

³²¹ CÁMARA DE CUENTAS DE ANDALUCÍA (2018), *Informe de fiscalización de determinadas áreas de la Diputación Provincial de Córdoba, ejercicio 2015*, BOJA núm. 94 de 17/05/2018, p. 25.

³²² CONSEJO DE CUENTAS DE CASTILLA Y LEÓN (2018), *Informe de fiscalización de la contratación administrativa celebrada en el ámbito de la Administración General e Institucional de la Comunidad Autónoma, ejercicio 2016*, p. 107.

negociación que asegure una auténtica negociación.

El artículo 169 LCSP exige que en el procedimiento negociado se debe garantizar que el número mínimo de candidatos sea tres, aunque admite que se pueda continuar el procedimiento si el número de candidatos que cumplan con los criterios de selección es inferior a tres. La exigencia de solicitar a tres empresas que presenten ofertas se ha contemplado en las sucesivas leyes en materia de contratos del Sector Público, ya se recogía también en el artículo 162 TRLCSP, que a su vez reproducía el contenido de la primera parte del epígrafe primero del artículo 92.1 del Real Decreto Legislativo 2/2000. Se establece la necesidad de solicitar la presentación de ofertas a tres empresas para llevar acabo la realización del objeto del contrato, siempre y cuando esto fuera posible³²³. Este requisito se analiza siempre en los Informes de las ICEX por su importancia e impacto en el Principio de concurrencia. Entre estos informes, destaca *el Informe de fiscalización de la Cuenta General, Contratación Pública y Fondos de Compensación Interterritorial del ejercicio 2011*, elaborado por la Cámara de Cuentas de Andalucía, en el que se revela que:

«... en el 54 % de estos contratos, dos de las tres empresas declinan la invitación recibida, por lo que el órgano de contratación cuenta en estos casos con una sola oferta (la adjudicataria). En aras del principio de concurrencia se recomienda solicitar ofertas al mayor número posible de empresas capacitadas para realizar la prestación, de forma que no se produzca simplemente un cumplimiento formal de un precepto de la Ley sino una auténtica concurrencia que se traduzca en una efectiva competitividad entre oferentes³²⁴».

La invitación a un número reducido de empresas al proceso de negociación es una mala práctica contractual que puede incrementar el *Riesgo de procedimiento inadecuado* y terminar vulnerando el Principio de concurrencia, a la par que puede tener un impacto perjudicial en el interés público toda vez que restringe la libre concurrencia

³²³ RASTROLLO SUÁREZ, J.J. (2010). *Contratos públicos. Adaptación del Derecho Español a la Normativa Comunitaria*, Editorial Juruá, Lisboa, p. 212 y ss.

³²⁴ CÁMARA DE CUENTAS DE ANDALUCÍA (2013), *Informe de fiscalización de la Cuenta General, Contratación Pública y Fondos de Compensación Interterritorial del ejercicio 2011*, BOJA núm. 64, 04/04/2013, pp. 397 y ss.

impidiendo la participación de licitadores que pudieran ofrecer un precio inferior que cumpliera el Principio de mejor relación calidad-precio.

Analicemos ahora el siguiente riesgo de la tabla nº 2, el riesgo que hemos conceptualizado como *Riesgo de criterios de adjudicación inadecuados*, es decir, el riesgo asociado a la selección de Criterios de adjudicación inadecuados que supongan un incumplimiento de los Principios de la contratación pública, que constituye un riesgo crucial en la misma. Con la finalidad de comprobar la existencia de este riesgo en la práctica contractual del Sector Público de España, se analizan múltiples Informes de fiscalización de las Instituciones de Control Externo (ICEX) para conocer los principales incumplimientos normativos, consecuencia de la materialización del *Riesgo de criterios de adjudicación inadecuados*.

Para reducir este riesgo, el artículo 116.4 LCSP exige que en la fase preparatoria del expediente se justifiquen adecuadamente los criterios de adjudicación del contrato. La obligación de justificar los criterios funciona como medida preventiva para reducir el *Riesgo de seleccionar criterios de adjudicación inadecuados*, dado que tienen que aportar claridad y transparencia en los Pliegos de Cláusulas Administrativas a los licitadores. En el Informe de fiscalización de la Cuenta General, Contratación Pública y Fondos de Compensación Interterritorial del ejercicio 2012, efectuado por la Cámara de Cuentas de Andalucía, se señala que:

«[...] en 23 de los 49 procedimientos abiertos analizados (47%), no se acredita el cumplimiento de dicha exigencia en esa fase inicial»³²⁵.

También se recoge un incumplimiento similar en el *Informe de fiscalización sobre la Cuenta General del Principado de Asturias, Ejercicio 2015*, elaborado por la Sindicatura de Cuentas del Principado de Asturias, que establece que:

«[...] ni en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares ni en el resto de documentación que forma parte del expediente, se motiva la elección de

³²⁵ CÁMARA DE CUENTAS DE ANDALUCÍA (2014), *Informe de fiscalización de la Cuenta General, Contratación Pública y Fondos de Compensación Interterritorial, ejercicio 2012*, BOJA núm. 103, 30/05/2014, p. 470.

los criterios de adjudicación, por lo que no se da un adecuado cumplimiento a lo dispuesto en el [...] TRLCSP³²⁶...».

Los criterios de adjudicación deben cumplir los siguientes requisitos: a) deben estar vinculados al objeto del contrato, b) deben ser formulados de manera objetiva, con pleno respecto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad y c) deben garantizar que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva.

En el Informe de fiscalización de la contratación administrativa celebrada en el ámbito de la Administración General e Institucional de la Comunidad Autónoma, ejercicio 2014, aprobado por el Consejo de Castilla y León, se especifica que:

«Entre los criterios de valoración de las ofertas se incluyeron, en dos expedientes, aspectos no relacionados con el objeto del contrato, sino referidos a la selección o solvencia de los licitadores, en contra de lo establecido en el [...] TRLCSP»³²⁷.

Cuando se analizan los criterios de adjudicación del contrato debemos distinguir entre: 1) determinación de los criterios, 2) ponderación de los criterios y 3) valoración de los criterios. En lo relativo a la determinación de los criterios de adjudicación, éstos deben estar vinculados al objeto del contrato y deben ser objetivos. Siempre habrá que exigir que los criterios sean precisos y no se deben aceptar fórmulas genéricas y no concretas como: «calidad de la propuesta arquitectónica (30 puntos)», «adecuación al entorno (10 puntos)», etc.

De este modo, el *Informe de Fiscalización de la contratación pública de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades vinculadas, ejercicio 2013*, elaborado por la Cámara de Cuentas de Andalucía señala que:

³²⁶ SINDICATURA DE CUENTAS DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS (2016), *Informe de fiscalización sobre la Cuenta General del Principado de Asturias*, Ejercicio 2015, p. 105.

³²⁷ CONSEJO DE CUENTAS DE CASTILLA Y LEÓN (2016), *Informe de fiscalización de la contratación administrativa celebrada en el ámbito de la Administración General e Institucional de la Comunidad Autónoma*, ejercicio 2014, p. 97.

«Resulta conveniente evitar la ambigüedad en el enunciado de los criterios y definirlos de una manera precisa, de forma que cada uno de ellos debe indicar, sin lugar a dudas, el contenido de la finalidad perseguida. Incluso en los criterios que incorporen juicios de valor (admitidos en el TRLCSP y necesarios en ocasiones en las que las particularidades del objeto impiden definir de forma concreta las prestaciones), es aconsejable concretar los elementos que se tendrán en cuenta para esa evaluación cualitativa»³²⁸.

Otra de las incidencias en la contratación es la que pone de manifiesto el *Informe de fiscalización de la contratación pública de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades vinculadas. Fiscalización específica de los contratos adjudicados por determinadas Agencias Públicas Empresariales, ejercicios 2014-2015*, efectuado por la Cámara de Cuentas de Andalucía, que señala que:

«El 26,25% (21/80) de los PCAP empleados por los centros gestores utilizan como criterios de adjudicación factores que aluden a las características subjetivas de las empresas, dirigidas a apreciar la aptitud y la solvencia de los licitadores para ejecutar el contrato, circunstancias que deben valorarse en la fase de selección y no en la de adjudicación del contrato»³²⁹.

No se pueden utilizar como criterios de adjudicación los que se refieran a características subjetivas de la empresa, debido a que éstos se deben considerar en la fase de selección para evaluar la capacidad del licitador (solvencia). Esta exigencia impide que se puedan valorar los requisitos propios o característicos de la empresa, no pudiéndose incluir la experiencia como criterio de adjudicación puesto que es un requisito de solvencia. Por este motivo, no se pueden establecer como criterios de adjudicación criterios tales como «trabajos realizados por la empresa», «contratos similares efectuados», etc.

³²⁸ CÁMARA DE CUENTAS DE ANDALUCÍA, *Informe de Fiscalización de la contratación pública de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades vinculadas, ejercicio 2013*, BOJA núm. 225, 19/11/2015, p. 26.

³²⁹ CÁMARA DE CUENTAS DE ANDALUCÍA (2018), *Informe de fiscalización de la contratación pública de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades vinculadas. Fiscalización específica de los contratos adjudicados por determinadas Agencias Públicas Empresariales, ejercicios 2014-2015*, BOJA núm. 234, 04/12/2018, p. 5.

Como criterios de adjudicación no se pueden incluir cláusulas discriminatorias por razones de territorialidad, siendo éstas aquellas que priman la preferencia por empresas vinculadas a un ámbito geográfico o que exigen tener instalaciones en un territorio determinado. Por ejemplo, en la práctica contractual se han detectado como criterios «tener oficinas en la provincia de...», «tener delegación en el municipio...», «contratar a personas del municipio», «tener centros de alarmas en la provincia de...», etc. Este tipo de cláusulas se han detectado en algunos de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares de la Generalitat Valenciana, así lo pone de manifiesto el *Informe de fiscalización de diversos aspectos de la actividad económico financiera del Ayuntamiento de Bellregurd, del ejercicio 2014*, publicado por la Sindicatura de Comptes de la Generalitat Valenciana, al afirmar que:

«Entre los criterios de valoración se puntúa la contratación de personal del municipio o la adquisición de suministros en empresas del municipio, circunstancias contrarias a los principios de igualdad y no discriminación previstos en el [...] TRLCSP³³⁰».

Estos criterios de adjudicación son discriminatorios porque se está primando a las empresas del municipio o de la provincia frente al resto de licitadores, vulnerando de tal modo el Principio de Igualdad y el Principio de no discriminación que establece la LCSP.

Tras el análisis de los Informes de fiscalización de las ICEX, que ha permitido probar la existencia de los que hemos denominado y conceptualizado en esta Tesis como *Riesgos de procedimiento inadecuado* y *Riesgos de criterios de adjudicación inadecuados*, continuamos con la clasificación de los riesgos atendiendo ahora al Tipo de riesgos, siendo éstos los que se muestran en la siguiente tabla:

³³⁰ SINDICATURA DE COMPTES DE LA GENERALITAT VALENCIANA (2016), *Informe de fiscalización de diversos aspectos de la actividad económico financiera del Ayuntamiento de Bellregurd, del ejercicio 2014*, p. 36.

Tabla n° 3. Riesgos según el tipo de riesgo.

TIPOS	
Riesgos Económicos	Son los derivados del comportamiento del mercado, tales como la fluctuación de los precios de los insumos, desabastecimientos y especulación de los mismos, entre otros.
Riesgos Sociales o Políticos	Son los derivados de los cambios de las políticas gubernamentales y de cambios en las condiciones sociales que tengan impacto en la ejecución del contrato.
Riesgos Operacionales	Son los asociados a la operatividad del contrato, tales como la suficiencia del presupuesto oficial, del plazo o los derivados de procesos, procedimientos, parámetros, sistemas de información y tecnológicos, equipos humanos o técnicos inadecuados o insuficientes.
Riesgos Financieros	Se relacionan con el riesgo de obtención de financiación (riesgo de liquidez) para cumplir con el objeto del contrato, y con el riesgo de las condiciones financieras establecidas para la obtención de los recursos.
Riesgos de la Naturaleza	Son los eventos naturales previsibles en los cuales no hay intervención humana que puedan tener impacto en la ejecución del contrato, por ejemplo, los temblores, inundaciones, lluvias, sequías, entre otros.
Riesgos Ambientales	Son los derivados de las obligaciones legales o reglamentarias de carácter ambiental, así como de las licencias, de permisos y autorizaciones ambientales.
Riesgos Regulatorios	Son los derivados de cambios regulatorios o reglamentarios que afecten al equilibrio contractual.
Riesgos Tecnológicos	Se refieren a eventuales fallos en las telecomunicaciones, suspensión de servicios públicos, nuevos desarrollos tecnológicos o estándares que deben ser tenidos en cuenta para la ejecución del contrato, obsolescencia tecnológica.

Fuente: elaboración propia a partir del Documento Conpes 3714 (MHCP, 2011).

La etapa de la Evaluación de los riesgos debe incluir la redacción de un mapa de riesgos o *check-list* que garantice que en la gestión se contemplan todos los riesgos, previsibles o no, de todas las fases del proceso de contratación. El mapa de riesgos se configura como una herramienta de prevención de irregularidades que permite detectar las posibles debilidades y amenazas para el correcto cumplimiento normativo en la

gestión pública³³¹. La necesidad de realizar una gestión sistemática de los riesgos confronta con dificultades entre las que destaca como principal la dificultad de acceso a indicadores de desarrollo de cada uno de los expedientes de contratación pública. Es imprescindible para alcanzar una gestión sistemática de los riesgos medir en la fase de ejecución y establecer informes de desempeño.

La configuración de un modelo de control puede comenzar a partir de los datos de los procedimientos de contratación objeto de recurso en los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales, complementada con la información contenida en los Informes de las Instituciones de Control Externo (Tribunal de Cuentas y Órganos de Control Externo de las Comunidades Autónomas). Esta información permitirá elaborar mapas de riesgos a partir de datos reales de la actividad económica de las administraciones públicas.

En la elaboración del mapa de riesgos y el diseño de la estrategia de gestión se han de tener presentes los estudios previos en la materia que desvelen los sectores en los que se concentran los riesgos, sistemáticamente clasificados por tipo, que pueden ser definidores de la necesidad de aumentar el número de indicadores y la frecuencia de fiscalización de sectores concretos de la economía. Los riesgos son múltiples en la contratación, entre los mismos se encuentra el denominado *Riesgo de corrupción de la contratación pública*³³². Este riesgo, también denominado *Riesgo de fraude*, se encuadra dentro de la definición de riesgo que establece el Institute of Internal Auditors³³³ como la incertidumbre de que ocurra un fraude que podría tener un impacto en el logro de los objetivos.

Las Normas Internacionales de Auditoría inciden en la especial atención que debe prestarse al *riesgo de fraude*, concretamente la NIA-ES 240 define el *Fraude* como «un acto intencionado realizado por una o más personas de la dirección, los responsables del gobierno de la entidad, los empleados o terceros, que conlleve la utilización del engaño

³³¹ CAMPOS ACUÑA, C. (2019), «Compliance en la contratación pública: mapa de riesgos en la corrupción y claves para su gestión», Gabilex, nº Extraordinario Marzo, pp. 21-36. <http://gabilex.castillalamancha.es>

³³² EUROPEAN COMMISSION (2009), *Information Note on Fraud Indicators for ERDF, ESF and CF*. EC DG REGIO, COCOF 09/0003/00- EN.

³³³ THE INSTITUTE OF INTERNAL AUDITORS, IIA (2017), *International Standards for the Professional Practice of Internal Auditing (Standards)*.

con el fin de conseguir una ventaja injusta o ilegal»³³⁴.

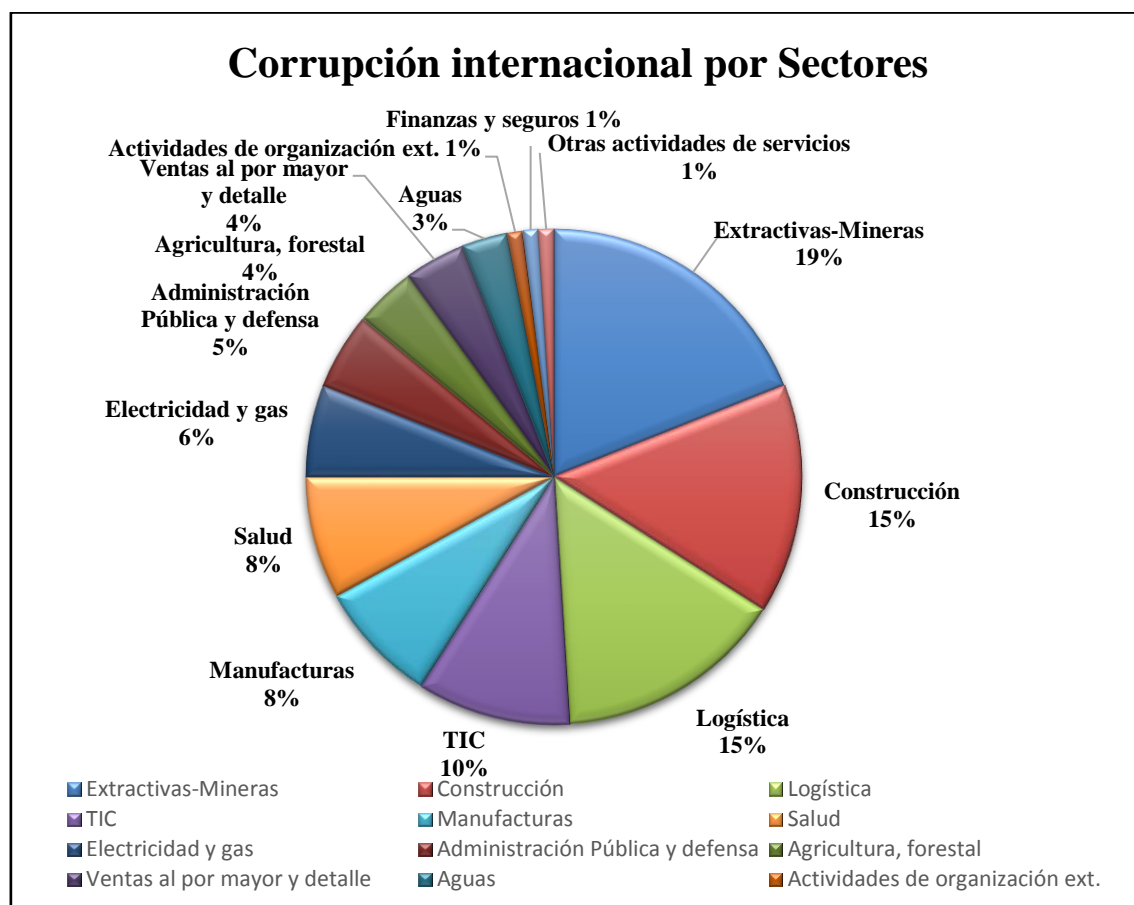
Según Transparency International, las denuncias de los medios de comunicación y el relevante eco social y atención prestada a los casos de corrupción recientemente aflorados han causado una intensa influencia en la percepción ciudadana, generando un estado general de indignación que ha provocado que España sea el país de la Unión Europea donde más ha crecido la percepción de la corrupción en los últimos cinco años. Transparency International ha realizado una serie de propuestas entre las que se encuentra el impulso de la aprobación de la Ley integral de lucha contra la corrupción y protección a los denunciantes, que está actualmente en tramitación parlamentaria.

Según un estudio de la OCDE una tercera parte de los contratos que presentan problemas de integridad, de corrupción, se localizan en cuatro sectores productivos³³⁵. De este modo, según el estudio de la OCDE casi dos tercios de los casos de soborno internacional se concentran en los sectores de las Extractivas Mineras (19%), la Construcción (15%), la Logística (15%) y las TIC (10%). En estos cuatro sectores se producen el 59% de los casos de corrupción por sobornos en el ámbito internacional.

³³⁴ INSTITUTO DE CONTABILIDAD Y AUDITORÍA DE CUENTAS (2013), Norma Internacional de Auditoría 240 (NIA-ES 240). Responsabilidades del auditor en la auditoría de estados financieros con respecto al fraude. Adaptada para su aplicación en España mediante Resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, de 15 de octubre de 2013, apartado 11 a), p. 5.

³³⁵ OECD (2014), *OECD Foreign Bribery Report: An Analysis of the Crime of Bribery of Foreign Public Officials*, OCDE Publishing, Paris.

Figura nº 6. Los sobornos internacionales se concentran en cuatro sectores de la contratación.



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del Análisis de la OCDE de casos de soborno internacional concluidos entre 15/02/1999 y el 01/06/2014.

A las etapas de evaluación y tratamiento de los riesgos es necesario sumar de forma continua un seguimiento y control (monitoreo) de todos los procesos, para evitar que los puntos débiles y amenazas detectadas puedan tornarse en riesgos reales. Para el seguimiento es indispensable que anteriormente se hayan formulado indicadores de desarrollo (*Performance Indicators*). En el ámbito público, la actual implementación de la administración y procesos de contratación electrónica constituyen una oportunidad para incluir en el expediente de contratación formularios de desempeño de los contratos con el propósito de obtener dichos indicadores. Otro mecanismo de control interesante es el basado en indicios de funcionamientos no deseados y que alertan de la posible

aparición de riesgos. Las *red flags*³³⁶, que se utilizan ya en algunos Estados Miembros de la Unión Europea, son indicios que apuntan a que el funcionamiento de la contratación no está siendo de alguna manera transparente y conforme a ley. Las *red flags* se utilizan como instrumento de fiscalización y control de corrupción en la contratación pública.

En la regulación de la contratación española se carece, a diferencia de otros marcos normativos a nivel internacional, de la exigencia de incluir la evaluación y tratamiento de los riesgos previsibles en la contratación en los pliegos de condiciones o sus equivalentes³³⁷. Debería exigirse legalmente la inclusión del sistema de tratamiento de riesgos en los pliegos de contratación.

La gestión sistemática de los riesgos constituye una prioridad de primera magnitud tanto en el ámbito de la contratación pública como privada. Las ventajas que proporcionaría la gestión sistemática de los riesgos serían un mayor nivel de certeza y conocimiento en la toma de decisiones en el proceso de contratación, mejora de la planificación de contingencias, reducción de posibles litigios y un incremento del grado de confianza entre las partes contractuales.

2.2. CONCEPTUACIÓN DEL RIESGO EN LA CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO EN ESPAÑA Y PRINCIPIO DE RIESGO Y VENTURA DEL CONTRATISTA

En este estudio nos adentraremos en la regulación específica del contrato de obra, pero antes nos detendremos por su importancia en la materia en un artículo de la regulación general: el art. 197 LCSP, anterior art. 215 TRLCSP³³⁸, que contiene el Principio de riesgo y ventura³³⁹.

³³⁶ El Proyecto *Red Flags* tiene como objetivo mejorar la transparencia de la contratación pública en Hungría y apoyar la lucha contra la corrupción. Este proyecto que está financiado por la Unión Europea proporciona una herramienta interactiva para realizar el seguimiento de los procesos de contratación por parte de los ciudadanos, periodistas o funcionarios públicos y detectar riesgos de fraude. La herramienta comprueba automáticamente los documentos de compra del *Tender Electronic Daily (TED)* y filtra las compras arriesgadas mediante un algoritmo especial.

³³⁷ LÓPEZ HERNÁNDEZ, A. M. y MARTÍNEZ MONTES, G. (2019), «La gestión sistemática del riesgo en la contratación pública...», ob. cit., pp. 17-28.

³³⁸ El art. 215 TRLCSP establecía: «La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el de obras en el artículo 231, y de lo pactado en las

El art. 197 LCSP establece que: «La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el contrato de obras en el artículo 239».

Éste es un principio central de la contratación administrativa, que ya recogía la antigua Ley de Contratos del Estado de 1965. Este principio se sustenta en la naturaleza de la obligación del contratista que constituye una obligación de resultado, por lo que los riesgos de las operaciones intermedias deben recaer sobre él, y no sobre quien encarga tal resultado. En ese «riesgo» o «ventura» se encuentra la mayor o menor ganancia (o incluso pérdidas) del contratista. Por este principio, si por circunstancias sobrevenidas se ven aumentadas las ganancias de contratista, la Administración no podrá reducir el precio, y del mismo modo, si por circunstancias sobrevenidas el contratista disminuye el beneficio calculado o incluso obtiene pérdidas, no podrá pretender la compensación de tales perjuicios haciendo recaer el peso de la situación en la Administración³⁴⁰. Sin embargo, este principio tenía en el TRLCSP dos excepciones:

- a) Los casos de fuerza mayor en el contrato de obras, descrito en el art. 231 TRLCSP;
- b) y los posibles pactos de reparto de riesgo que se hayan establecido en los contratos del colaboración entre el sector público y el sector privado, de conformidad con lo establecido en el art. 136.b) del TRLCSP³⁴¹.

La segunda excepción ha sido suprimida de la Ley 9/2017 debido a que entre las novedades de la nueva legislación de contratos se ha eliminado el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado. Esta contratación se realiza ahora por el contrato de concesión de obra y del nuevo contrato de concesión de servicios, creado por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

cláusulas de reparto de riesgo que se incluyan en los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado». Este contrato ha sido suprimido en la nueva Ley 9/2017, de 8 de octubre, de Contratos del Sector Público. Esta contratación se realiza ahora por el contrato de concesión de obra y del nuevo contrato de concesión de servicios.

³³⁹ RODRIGUEZ LÓPEZ, P. (2010), *Los contratos del sector público (Comentario)*, Edisofer, Madrid, p. 514.

³⁴⁰ Sentencia de la Sala de lo Contencioso- Administrativo, Sección 8ª, de la Audiencia Nacional, de 31 de octubre de 2006.

³⁴¹ VICENTE IGLESIAS, J. L. (2011), *Comentarios a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos...*, ob. cit., pp. 462 y ss.

De tal modo que en el art. 197 LCSP se dispone una única excepción al Principio de riesgo y ventura del contratista en el contrato de obras administrativo, remitiendo al art. 239 LCSP, precepto que contempla unos determinados y únicos supuestos que tienen la consideración de fuerza mayor, que en caso de concurrir tendrá derecho el contratista a una indemnización por daños y perjuicios sufridos, siempre que no exista una actuación imprudente por su parte³⁴².

El principio de riesgo y ventura del contratista en la ejecución del contrato no es impedimento para que haya de mantenerse el equilibrio financiero de las prestaciones contractuales (*rebus sic stantibus*)³⁴³ y se pueda exigir responsabilidad a la Administración contratante, en caso de incumplimiento, ya que no es viable jurídicamente configurar dicho principio de «riesgo y ventura» con tal amplitud que ampare cualquier actuación de la Administración contratante, eximiéndola de toda responsabilidad, mientras que se impone al contratista el deber de soportar, sin ser compensado, cualquier actuación de la Administración, aunque sea cierto que la regla general es la inalterabilidad del contrato administrativo³⁴⁴.

El principio de riesgo y ventura del contratista sólo tiene vigencia durante la fase vital del contrato, es decir, desde su inicio hasta la fecha contractual de terminación de las obras, fecha que obligatoriamente ha de figurar en el contrato formalizado (arts. 35 g) y 153 LCSP). Este principio significa que la mayor o menor onerosidad sobrevenida durante la ejecución de las obras, no autoriza al contratista a desligarse o dejar de cumplir el contrato ya que en todo contrato rige el principio «*pacta sunt servanda*», no teniendo derecho a pretender una modificación correlativa del precio del contrato, salvo en los casos de fuerza mayor (art. 239 LCSP).

³⁴² FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J.M. (2018), *El nuevo régimen de la Contratación Pública, Comentarios a la luz de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público*, Wolters Kluwer, Bosch, Madrid, p. 1.141.

³⁴³ RODRIGUEZ LÓPEZ, P. (2010), *Los contratos del sector público (Comentario)*, Edisofer, Madrid, p. 515. Este autor hace referencia lo establecido por la cláusula «*rebus sic stantibus*» en el Dictamen Abogacía del Estado 5/93 (Ref. Servicios jurídicos periféricos).

³⁴⁴ MENÉNDEZ GÓMEZ, E. (2008), *Contratos del Sector Público: Contrato de Obras Públicas*, Aranzadi, Cizur Menor, p. 360.

Riesgo significa contingencia o proximidad de un daño, y el término ventura explica que una cosa se expone a la contingencia de que suceda mal o bien³⁴⁵. El Tribunal Supremo en la Sentencia de 20 de enero de 1984, refiriéndose al contrato de obras, aunque también de aplicación al resto de contratos administrativos, delimita el Principio de Riesgo y Ventura al establecer que: *«la ejecución del contrato habrá de realizarse a «riesgo y ventura» del contratista y que éste no tendrá derecho a indemnización por causa de pérdidas, averías o perjuicios ocasionados en las obras sino en los casos de fuerza mayor; principio aleatorio que ha sido interpretado con profusión por la doctrina científica y jurisprudencial para destacar cómo el contratista asume el riesgo de poder obtener una ganancia mayor o menor e incluso perder cuando sus cálculos estén mal hechos o no respondan a las circunstancias sobrevenidas en la ejecución del contrato de obras, surgiendo por tanto el viejo principio tradicionalmente establecido en aras de la seguridad jurídica de materia de contratación con el Estado de «pacta sunt servanda»; sin que el contratista pueda por regla general apartarse de la Ley del contrato».*

Si por circunstancias sobrevenidas se incrementan los beneficios del contratista, la Administración no podrá reducir el precio, mientras que si las circunstancias sobrevenidas disminuyen el beneficio o causan pérdidas serán de cuenta del contratista sin que éste pueda exigir un incremento del precio o una indemnización, de ahí que sea también doctrina del TS que el cauce indemnizatorio previsto en la Ley de contratos parte de la idea de culpabilidad, negligencia o incumplimiento de sus obligaciones imputables a la Administración, rigiendo supletoriamente los arts. 1.105 y 1.124 del Código Civil, por la que si no existe culpabilidad por la Administración toda actuación ajena a las partes queda dentro de los riesgos imprevisibles que debe asumir el contratista, conforme al Principio de riesgo y ventura³⁴⁶, que debe incluir los actos de tercero³⁴⁷. Como mantiene la doctrina científica, «en tanto la obra no se entrega- y se recibe por la Administración, el contratista es el dueño de ella y, por tanto, es él quien debe soportar los riesgos de pérdida, destrucción o deterioro de la misma; aplicándose

³⁴⁵ STS de 8 de junio de 1947. Esta misma concepción jurídica y gramatical del principio de riesgo y ventura se encuentra recogida en múltiples sentencias del TS, entre otras, la Sentencias de 30 de abril de 1999, de 4 de mayo de 1999, de 14 de mayo de 2001, de 22 de noviembre de 2001 y de 12 de julio de 2005.

³⁴⁶ FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J.M. (2018), *El nuevo régimen de la Contratación Pública, Comentarios...*, ob. cit., pp. 1.141 y 1.142.

³⁴⁷ En virtud de las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1981, de 29 de marzo de 1985, 3 de febrero de 2000 y de 31 de octubre de 2000.

en definitiva la regla general «*res perit domino*», común para todo contrato de obras, ya sea concertado entre particulares (arts. 1589 y 1590 CC), ya lo sea entre un particular y una Administración Pública».

El principio de riesgo y ventura del art. 197 LCSP determina el régimen jurídico de la responsabilidad por daños derivados de la ejecución del contrato contenido en el art. 196 LCSP (Indemnización por daños y perjuicios causados a terceros). Este principio explica la aplicación como regla general de la obligación del contratista de indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato, con las siguientes excepciones:

1. Cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable «dentro de los límites señalados en las leyes» (incluyendo el supuesto de las órdenes verbales comunicadas por el director de obra y ratificadas por escrito conforme al art. 238.2 LCSP).
2. Cuando los daños causados a terceros sean consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por la propia Administración³⁴⁸, en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación, también será la Administración la responsable de dichos daños. Sin embargo, es preciso tener en cuenta que la Jurisprudencia considera que, si los daños causados son consecuencia de vicios en el proyecto redactado por el contratista, la asunción de la responsabilidad será compartida entre el contratista y la Administración pues, aunque el contratista fue el redactor, la Administración aprobó dicho proyecto.

Los terceros perjudicados con motivo de la ejecución del contrato podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho causante de los daños al órgano de contratación, para que éste, previa audiencia al contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción.

³⁴⁸ STS de 11 de julio de 1995.

El art. 210 LCSP, dedicado al cumplimiento de los contratos y recepción de la prestación, establece que: «el contrato se entenderá cumplido por el contratista cuando éste haya realizado, de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la Administración, la totalidad de la prestación» (art. 210.1 LCSP). La vigente LCSP coincide con la LOE en el establecimiento de dos momentos diferenciados para la entrega y la recepción de la obra. Así, el art. 210.2 LCSP establece que, en todo caso, la constatación del cumplimiento exigirá por parte de la Administración un acto formal y positivo de recepción o conformidad dentro del mes siguiente a la entrega o realización del objeto del contrato, o en el plazo que se determine en el pliego de cláusulas administrativas particulares por razón de sus características.

2.3. EL *FACTUM PRINCIPIS* Y EL RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO

La opción histórica de la contratación administrativa basada en el *principio de riesgo y ventura* del contratista en la ejecución del contrato ha devenido, ciertamente conflictiva como mecanismo último para la ejecución del contrato debido a que en los grandes contratos si las soluciones pasan por la aplicación incondicional de este principio, la solución acaba en situaciones reales de abandono contractual con grave perjuicio para la Administración. El principio de riesgo y ventura es un principio esencial, pero que exige una conformación estructural del contrato plenamente consolidada y sin fisuras³⁴⁹.

Durante la fase de ejecución del contrato existe el *Riesgo de ruptura del equilibrio económico del contrato* debido a la incertidumbre de que puedan acaecer sucesos que alteren las condiciones establecidas en el contrato. Téngase en cuenta que, en los contratos administrativos, es preciso aplicar los principios de equidad y buena fe, recogidos en los arts. 3.2 y 7, respectivamente, del Código Civil, en la aparición de un riesgo anormal que cercene el principio del equilibrio económico del contrato, pero sin

³⁴⁹ PALOMAR OLMEDA, A. y GARCÉS SANAGUSTÍN, M., et al. (2018), *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público...*, ob. cit., p. 35.

que su aplicación constituya una vulneración del Principio de riesgo y ventura³⁵⁰. Y es que el Principio de riesgo y ventura de la contratación pública no es ilimitado, sino que debe ser matizado cuando se produzca un desequilibrio económico desencadenado por varias causas: el ejercicio del *ius variandi*, riesgo imprevisible o supuestos de *factum principis*.

Tradicionalmente la revisión de precios ha sido la fórmula articulada para calcular a priori los posibles riesgos que pudieran materializarse en la ejecución del contrato y prever los mecanismos para paliarlos. Sin embargo, cuando se producen desequilibrios económicos no previstos, actualmente se utilizan las técnicas especiales de restablecimiento financiero como medidas correctoras de dichos desequilibrios. Si tienen lugar cambios sobrevenidos en la prestación como consecuencia de la acción de la administración (*ius variandi*) o de circunstancias ajenas o imprevisibles para ambas partes contractuales (*factum principis* y *riesgo imprevisible*) se articulan los medios para su reequilibrio³⁵¹.

Los requisitos generales que se tienen que dar para que opere el restablecimiento del equilibrio económico del contrato son los siguientes:

- Existencia de circunstancias ajenas a la buena gestión del concesionario acaecidas durante la ejecución del contrato (modificación del contrato por el *ius variandi*, decisiones de política general debidas al *factum principis*, o, causas sobrevenidas imprevisibles) producen una «subversión» en la economía del contrato por un incremento de ingresos o de gastos que conllevan una involución en los datos económicos considerados al otorgarse la concesión.
- Debe producirse un acontecimiento que desborde las previsiones razonables, que sea independiente de la gestión empresarial del contratista y que tenga como consecuencia la alteración sustancial de las condiciones de ejecución del contrato, resultando la prestación pactada mucho más onerosa para una de las

³⁵⁰ FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J. M. (2018), *El nuevo régimen de la Contratación Pública, Comentarios...*, ob. cit., p. 1.143.

³⁵¹ GARCÍA ROSA, M. (2019), «Restablecimiento del equilibrio económico del contrato: el *factum principis*», *Revista de Auditoría Pública, Revista de los Órganos Autonómicos de Control Externo*, junio 2019 nº 73, pp. 105-111.

partes. Se exige que la circunstancia imprevisible tenga un impacto relevante y significativo en la economía contractual³⁵².

El Dictamen del Consejo Consultivo de Aragón núm. 52/2013, de 30 de abril de 2013, afirma que para que opere el restablecimiento económico del contrato «debe existir una desproporción objetiva y evidente, además de extraordinaria y no justificada».

Conviene diferenciar el *ius variandi* del *factum principis* y riesgo imprevisible, la principal diferencia radica en que el *ius variandi* se enmarca dentro de la relación contractual, mientras que el *factum principis* y riesgo imprevisible tienen su origen en acontecimientos imprevistos externos que se producen al margen del contrato administrativo y que se producen con posterioridad a la adjudicación, siempre que se cumpla también el requisito configurador de ser inimputable a las partes. La diferencia entre el *factum principis* y el riesgo imprevisible es que la ruptura del equilibrio del contrato se produce por actos de la Administración en el caso de *factum principis*, a diferencia de los casos de riesgo imprevisible. La teoría del riesgo imprevisible se aplica a situaciones o actos, imprevistos o imprevisibles desde un punto de vista objetivo, y por tanto extraordinarios, totalmente ajenos a la actuación de la Administración, así como del empresario, por los que el equilibrio del contrato se rompe de forma notablemente más onerosa, desproporcional, para el adjudicatario³⁵³.

La regulación de los supuestos en los que la Administración está obligada a restablecer el equilibrio económico del contrato de concesión de servicios se recoge en el art. 290.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), que ha supuesto una profunda transformación y novedad en términos comparativos con la regulación anterior. El denominado *factum principis* o «hecho del príncipe», previsto en el apartado b) del art. 290.4 LCSP³⁵⁴, se produce por una decisión

³⁵² VÁZQUEZ MATILLA, F. J. en PALOMAR OLMEDA, A., GARCÉS SANAGUSTÍN, M., et al. (2018), *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público...*, ob. cit., pp. 720 y ss.

³⁵³ FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J.M. (2018), *El nuevo régimen de la Contratación Pública...*, ob. cit., p. 1.145.

³⁵⁴ Art. 290.4 b) LCSP: «Cuando actuaciones de la Administración Pública concedente, por su carácter obligatorio para el concesionario determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.

Fuera de los casos previstos en las letras anteriores, únicamente procederá el restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma directa la

voluntaria de la Administración, al margen de la relación contractual, que altera indirectamente las condiciones de ejecución del contrato provocando que sea más gravoso para el contratista y produciéndose una alteración del equilibrio económico del contrato. De acuerdo con consolidada doctrina del Tribunal Supremo, el riesgo que asume el contratista no incluye las alteraciones derivadas del *ius variandi*, supuestos de fuerza mayor, la revisión de precios, el riesgo imprevisible y el *factum principis*, que matizan el riesgo situando al contratista en una posición distinta de las surgidas de las relaciones de Derecho Privado³⁵⁵.

La configuración del concepto del *factum principis* se encuentra recogido en numerosos *Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado*³⁵⁶ y *Dictámenes del Consejo de Estado*³⁵⁷ de los que se desprende que la medida ha de ser imputable a decisiones administrativas que condicionan el régimen económico de la explotación, debiendo existir, en todo caso, relación de causalidad entre la medida y el perjuicio, mayor onerosidad del contrato y ausencia de culpa del contratista.

Existe un debate doctrinal relativo a si pueden entenderse incluidas dentro de la institución del *factum principis* las medidas de carácter legislativo, y no solo las decisiones administrativas o disposiciones de carácter reglamentario, y las medidas adoptadas por una administración distinta a la adjudicataria. Según deviene a tenor de la jurisprudencia hallada, sí puede considerarse que se produce el *factum principis* aunque la decisión provenga de otra administración distinta a la administración que es parte en el contrato, dado que lo relevante es que la decisión proceda de una autoridad suficiente para imponerse en su ejecución. En este sentido, el Tribunal Supremo estimó la concurrencia del *factum principis* y reconoció el derecho del adjudicatario del servicio de ambulancia del INSALUD a ser resarcido cuando, como consecuencia del incremento del precio del combustible aprobado por el Ministerio de Hacienda, el equilibrio del contrato se rompió³⁵⁸.

ruptura sustancial de la economía del contrato. A estos efectos, se entenderá por causas de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 239 de la presente Ley».

³⁵⁵ En este sentido se pronuncia la STSJ de Castilla-La Mancha 706/2001, de 23 de octubre (JUR 2002, 17117).

³⁵⁶ JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DEL ESTADO, *Informes* 7/03, de 22 de diciembre y 61/08, de 31 de marzo de 2009.

³⁵⁷ CONSEJO DE ESTADO, *Dictamen* 31/92.

³⁵⁸ SSTs de 20 de noviembre y 2 de diciembre de 1985, RJ 1985, 5566 y 6511, respectivamente.

Del mismo modo, se puede considerar que el *factum principis* es de aplicación ante una medida derivada de una decisión legislativa. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCAE) reconoce en uno de sus informes de 2009³⁵⁹ el derecho del contratista a que se restablezca el equilibrio económico del contrato por los mayores costes que debe asumir como consecuencia de la adaptación de la planta de tratamiento de residuos sólidos urbanos a nuevos requisitos técnicos exigidos en una norma legal aprobada con posterioridad a la adjudicación del contrato.

Otro ejemplo, aunque la cuestión no es pacífica, se puede encontrar en el Dictamen 279/2012, de 21 de noviembre del Consejo Consultivo de Castilla la Mancha, en referencia al incremento del coste de la prestación como consecuencia de la subida del IVA, que consideró que:

«El incremento del IVA es una medida adoptada por el Estado que, sin pretenderlo, ha incidido en el régimen económico del contrato haciéndolo más oneroso para el contratista sin culpa de éste. Resulta así de aplicación la teoría del *factum principis*, entendida por la doctrina como técnica de garantía del equilibrio financiero del contrato (...)».

La calificación de una medida como *factum principis* requiere que se den los siguientes requisitos³⁶⁰:

- General e imperativa.
- La medida debe ser imprevisible para el contratista.
- Debe existir relación de causalidad entre la medida y el perjuicio y ser inimputable al contratista.
- Puede tratarse de una disposición administrativa, de carácter general o de rango legal.
- Acordada por la propia administración contratante o por otra distinta.
- Debe implicar una mayor onerosidad para el contratista.

En cuanto a la imprevisibilidad de la medida para el contratista, la Recomendación de 10 de diciembre de 2018 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado

³⁵⁹ JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA (JCCAE), *Informe 61/08, de 31 de marzo de 2009*.

³⁶⁰ GARCÍA ROSA, M. (2019), «Restablecimiento del equilibrio económico del contrato...», ob. cit., p. 110.

consideró que la variación de los costes de mano de obra como consecuencia de la negociación de un nuevo convenio colectivo aplicable, aunque el coste de la mano de obra sea el principal coste económico del contrato o un coste relevante, no justifican la modificación del contrato, al no ser considerados riesgos imprevisibles para el contratista.

En otro caso, y dado que no es un asunto pacífico en la práctica contractual, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en su Acuerdo 51, de 4 de septiembre de 2014, admitió la validez de una cláusula de los Pliegos de Prescripciones Técnicas (PPT) que delimitaba los costes que podrían ser invocados por el contratista para alegar la ruptura del equilibrio económico del contrato, excluyendo expresamente aumentos tributarios, variaciones de los tipos de interés de la financiación, normativas laborales o revisiones laborales pactadas en convenios colectivos de aplicación. En estos casos estaríamos ante lo que podríamos denominar unos *factum principis regulados*. Por tanto, la imprevisibilidad de la medida ya no sería tal, conociendo el contratista previamente a la adjudicación del contrato que tipo de medidas no podría invocar en caso de una posible ruptura del equilibrio económico del contrato.

De conformidad con el Principio de riesgo y ventura, la ejecución del contrato se realiza a riesgo del contratista, lo que supone que el riesgo lo asume el contratista. El riesgo operacional, regulado en las Directivas Comunitarias, que es un trasunto del Principio de riesgo y ventura tradicional, en la actualidad no ocupa una posición única en la fase de ejecución del contrato sino que se ha llevado a la propia configuración del contrato de forma que la opción por los contratos de concesión de obras y concesión de servicios está condicionada, precisamente, a que el riesgo operacional se proyecte ineludiblemente sobre el contratista³⁶¹. Por tanto, el riesgo operacional lo asume el contratista. Sin embargo, este principio no significa que el contratista deba asumir todas las alteraciones del precio del contrato. Si se cumplen los requisitos mencionados anteriormente para considerar que se trata de una medida *factum principis*, se produce una transmisión del riesgo a la Administración.

³⁶¹ PALOMAR OLMEDA, A. y GARCÉS SANAGUSTÍN, M., et al. (2018), *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público...*, ob. cit., p. 35.

Si se reflexiona sobre este asunto, el establecimiento de una cláusula en el PPT que excluya determinados sucesos, transfiere parte del Riesgo de ruptura del equilibrio económico al contratista. Podría constituir una eficaz medida para reducir el riesgo que asume la Administración en caso de una ruptura del equilibrio contractual del contrato si se analiza desde un prisma favorable al interés público, o podría interpretarse por alguno como una jugada maestra de la Administración para transmitir un riesgo que la Ley de contratos y parte de la Jurisprudencia atribuye a la Administración cuando la ruptura del equilibrio viene provocada por la adopción de una medida por la Administración concedente. Al constar como cláusula del Pliego de Prescripciones Técnicas, esta transmisión del *Riesgo de ruptura del equilibrio económico del contrato* cuando se den los supuestos expresamente excluidos es vinculante. Resulta interesante analizar este caso porque es una transmisión parcial de este riesgo al contratista, solamente se transmiten los riesgos excluidos, que pasan a ser asumidos por el contratista que al licitar al contrato ha asumido como propio ese riesgo. No se puede olvidar que al estar regulado en los Pliegos del contrato es vinculante para las partes contractuales.

La siguiente pregunta es inmediata: ¿Cuándo se produce el momento de la transmisión del *Riesgo de ruptura del equilibrio económico del contrato*? Podría pensarse que el riesgo se transfiere cuando el licitador, que posteriormente resulta adjudicatario, presenta su oferta, puesto que cuando licita conoce el contenido del PPT y que conociéndolo asume ese riesgo al presentar su oferta. También podría pensarse que podría ser en la adjudicación, como ocurría en las anteriores leyes de contratos³⁶², en las que la perfección del contrato se producía por la adjudicación realizada por el órgano de contratación competente, momento en el que confluían las voluntades de las partes: la del contratista adjudicatario expresada mediante la presentación de la oferta y la de la Administración contratante expresada a través de la Resolución de adjudicación³⁶³. Sin embargo, resulta más plausible defender que la transmisión de este riesgo concreto se produce con la formalización del contrato, momento de la perfección contractual, que vincula a las partes, por cuanto se convierten en partes contractuales y quedan obligadas

³⁶² Art. 53 de la RDL 2/2000 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y artículo 54 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones Públicas (LCAP).

³⁶³ GONZÁLEZ LAVÍN, A.P. (2019), «La Contratación Pública en el exterior», *Revista de Auditoría Pública, Revista de los Órganos Autonómicos de Control Externo*, junio 2019 nº 73, pp. 95-104.

por el contrato asumiendo todas las obligaciones contractuales del mismo. A partir de la Ley 30/2007³⁶⁴, así lo regula la Ley 9/2017, normativa vigente de contratos del Sector Público, ya no es la adjudicación el elemento determinante de la perfección del contrato, sino que es la formalización del contrato, regulada en el art. 153 LCSP.

Cuestión distinta es que ese riesgo se materialice o no, para lo que habrá que esperar a la ejecución del contrato. Posteriormente, si durante la ejecución se materializa el *riesgo de ruptura del equilibrio económico del contrato*, en función de la medida que lo cause asumirá el coste la Administración, si son causas que el PPT regula como coste que admite ser invocado por el contratista para alegar la ruptura del equilibrio, o lo asumirá el contratista si se trata de las medidas excluidas en el PPT con lo que el contratista no podría alegar la ruptura del equilibrio económico del contrato.

Entre las novedades más reseñables de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público por versar sobre los riesgos contractuales se deben destacar la inclusión de la figura del contrato de concesión de servicios y el derecho a desistir del concesionario si se dan determinadas circunstancias contempladas expresamente por la Ley. La diferencia en el reparto de riesgos entre el contrato de servicios y el contrato de concesión de servicios consiste en que en el contrato de concesión de servicios se transfiere el riesgo operacional al contratista, no ocurriendo lo mismo en el contrato de servicios. El art. 290.6 LCSP constituye un nuevo derecho del concesionario en los contratos de concesión de servicios, el derecho a desistir del contrato cuando el contrato devenga extraordinariamente oneroso para el concesionario. El legislador de la Ley 9/2017 rompe la tradición inherente a este contrato, la garantía de la continuidad de la prestación. El derecho a desistir del contrato podrá ejercitarse cuando se de alguna de las siguientes dos circunstancias:

- 1) La aprobación de una disposición general por una Administración distinta de la concedente con posterioridad a la formalización del contrato.
- 2) Cuando el concesionario deba incorporar, por venir obligado a ello legal o contractualmente, a las obras o a su explotación avances técnicos que las mejoren notoriamente y cuya disponibilidad en el mercado, de acuerdo con

³⁶⁴ Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la formalización del contrato. Es la inclusión de lo que se ha denominado «*cláusula de progreso*» en el contrato.

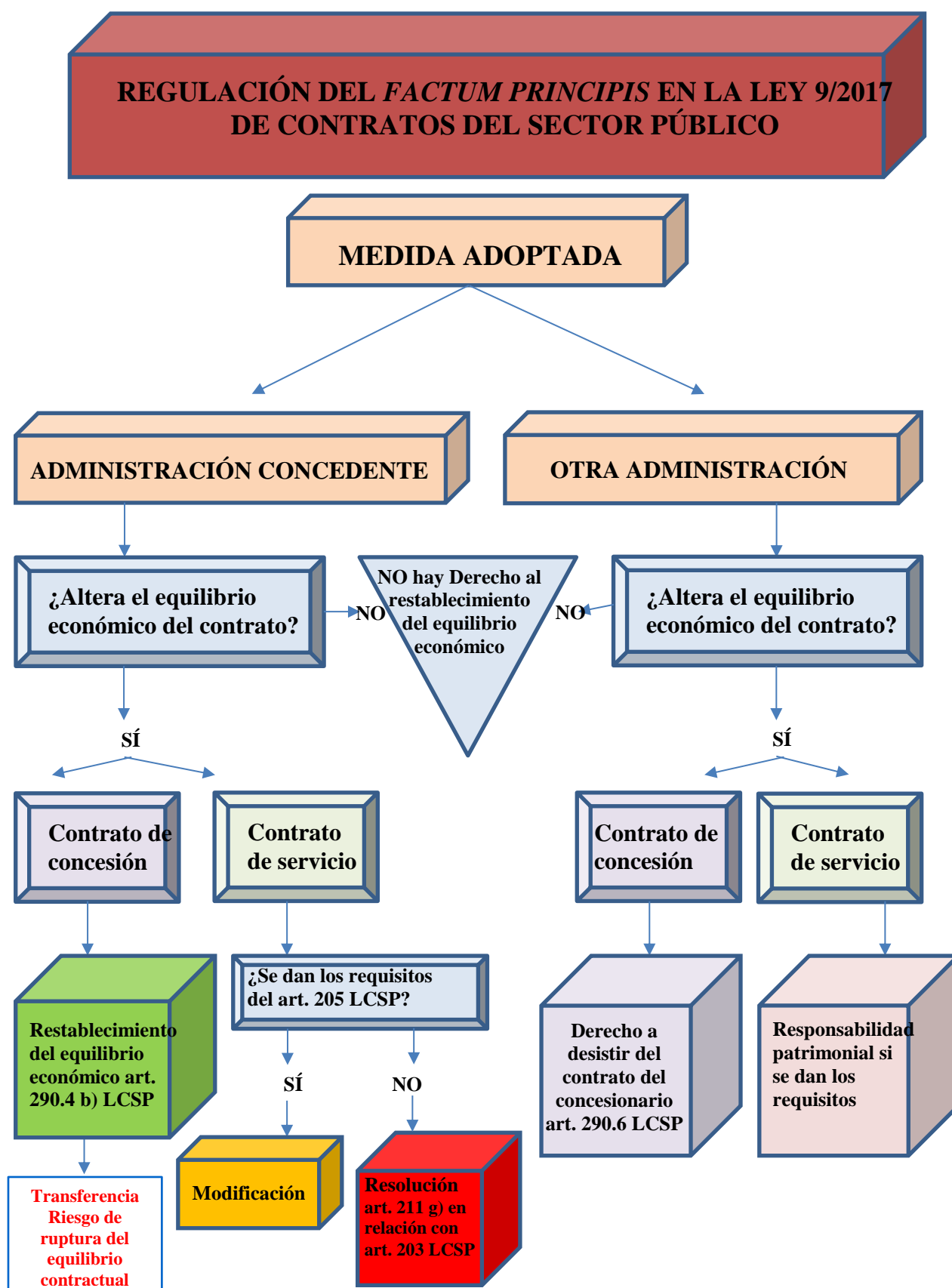
La Ley 9/2017 define en el mencionado artículo qué se considera que *el contrato devenga extraordinariamente oneroso*, lo que aporta seguridad jurídica y claridad:

«Se entenderá que el cumplimiento del contrato deviene extraordinariamente oneroso para el concesionario cuando la incidencia de las disposiciones de las Administraciones o el importe de las mejoras técnicas que deban incorporarse supongan un incremento neto anualizado de los costes de, al menos, el 5 por ciento del importe neto de la cifra de negocios de la concesión por el período que reste hasta la conclusión de la misma. Para el cálculo del incremento se deducirán, en su caso, los posibles ingresos adicionales que la medida pudiera generar».

Una característica trascendental es que cuando el contratista desistiera del contrato, la resolución no dará derecho a indemnización alguna para ninguna de las partes, de tal modo que el concesionario no tiene derecho a recibir compensación ni obligación de compensar a la administración por la renuncia anticipada. El derecho a desistir del concesionario modula el riesgo operacional y los límites del reequilibrio económico. Esta novedad favorece a ambas partes del contrato, al contratista porque si se dan las circunstancias reguladas en la Ley podrá abandonar el negocio ruinoso sin sufrir penalización alguna y a la Administración ya que evita que el servicio se preste de forma deficiente en perjuicio de los usuarios.

En la Figura nº 6 se puede observar la regulación del *Factum principis* y el régimen jurídico aplicable.

Figura nº 6



Fuente: Elaboración propia a partir de la Figura 1 de GARCÍA ROSA, Mirta (2019), «Restablecimiento del equilibrio económico del contrato: el factum principis», *Revista de Auditoría Pública*, Junio 2019 nº 73, p. 109.

Como contempla la LCSP tiene consecuencias jurídicas distintas el hecho de que la medida la adopte la administración que es parte contractual o que la tome otra administración distinta. Por aplicación del art. 290.4 b) LCSP, las actuaciones de la administración concedente que por su carácter obligatorio para el contratista determinen la ruptura sustancial de la economía del contrato, darán lugar al restablecimiento del equilibrio económico del mismo en beneficio de la parte que corresponda. Por aplicación del art. 290.6 LCSP, cuando sea una administración distinta de la concedente la que tome la decisión que ocasione la ruptura del equilibrio económico del contrato, el concesionario tiene derecho a desistirse del contrato. Aunque constituye un derecho del concesionario, se configura en sus efectos como una resolución acordada por ambas partes y ninguna de las partes tiene derecho a compensación.

Este derecho de desistimiento modula el riesgo operacional, que asume el concesionario de un contrato de concesión de servicios, en el sentido de permitirle desistir del contrato cuando la ruptura sustancial de la economía del contrato le ocasione un grave perjuicio económico sin tener que compensar a la Administración. A nuestro entender es una medida muy positiva que permitirá la concesión de servicios relevantes para la ciudadanía y la oportunidad para las empresas de asumir inversiones paliando parte de los riesgos. Pero este derecho también genera para algunos autores opiniones contrarias a la bondad del mismo para las empresas, como HUERGO LORA, que sostiene que este derecho de desistimiento del contrato «(...) que parece pensado sobre todo para descartar pretensiones de restablecimiento del equilibrio financiero, se antoja un punto débil del nuevo sistema, porque vuelve a colocar sobre los hombros del concesionario un riesgo difícilmente asumible sin compensación, sobre todo en vísperas, como parece que nos encontramos, de cambios tecnológicos que pueden alterar la economía de numerosas concesiones (como, sin ir más lejos, la electrificación y robotización del transporte por carretera)»³⁶⁵.

La configuración del nuevo derecho de desistimiento del contrato de concesión de servicios podría interpretarse como un símil de lo que en finanzas, en inversiones en

³⁶⁵ HUERGO LORA, A. (2018), «*Skin in the game*: riesgo operacional y responsabilidad patrimonial administrativa», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 74, marzo 2018, pp. 20-33.

Bolsa, se denomina *stop loss*. El *stop loss* es la orden que los inversores dan a sus brokers para «detener pérdidas». En la gestión de inversiones en Bolsa es imprescindible mantener el riesgo siempre bajo control, por ello, el inversor debe determinar cuánto está dispuesto a perder antes de vender sus acciones, es una limitación del riesgo que asume. Cuando se realiza una compra de acciones, se debe fijar un *stop loss*, una orden de venta que sólo se ejecutará si el precio cae lo suficiente como para causar al inversor su pérdida máxima admisible, en cuyo caso las acciones son vendidas antes de sufrir mayores pérdidas. En el argot financiero, operar en Bolsa sin un *stop loss* es como conducir un coche sin frenos. El derecho de desistimiento en la práctica es beneficioso para el concesionario porque es un *stop loss*, permite al concesionario desistir del contrato si se produce una alteración del equilibrio del contrato que lo hace extraordinariamente oneroso para él, le permite abandonar la prestación del servicio sin tener que indemnizar a la Administración, habida cuenta de que frecuentemente ocasiona un menoscabo al interés público porque constituyen servicios públicos esenciales que gozan de un régimen jurídico reforzado, adicionalmente téngase en cuenta que el riesgo operacional debe asumirlo el concesionario, dado que es la esencia que configura los contratos de concesión de obras y concesión de servicios.

Los contratos de concesión de obras y concesión de servicios tienen en común como elemento definidor la transferencia del riesgo operacional al concesionario, equiparable sustancialmente al tradicional riesgo y ventura en la explotación de la concesión tradicional del ordenamiento español. La regulación de la concesión de obras resulta de aplicación supletoria a la concesión de servicios en todo lo no regulado expresamente para este tipo de concesión, siempre y cuando sea compatible con su naturaleza.

Los riesgos operacionales corresponde asumirlos al concesionario, la compensación económica si se produce una ruptura del equilibrio económico del contrato, y por ende, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato solo se contempla cuando la medida causante de la ruptura del equilibrio contractual sea adoptada por la Administración concedente. El *factum principis* es una garantía de equilibrio económico del contrato.

Si la disposición o medida la adopta una administración distinta a la concedente, se reconoce el derecho de desistimiento del concesionario si se produce una extraordinaria onerosidad para el concesionario (no toda ruptura comporta una indemnización), cuya regulación en el art. 290.6 LCSP lo limita a los dos supuestos distintos anteriormente mencionados: aprobación de disposición general por una Administración distinta de la concedente y la introducción de la *cláusula de progreso*.

En la figura nº 6 se observa que ante un contrato de servicios el régimen jurídico aplicable es muy distinto, las consecuencias jurídicas de la adopción de una medida por la misma administración contratante que pueda ser calificada como *factum principis* difieren considerablemente. La regulación del contrato de servicios, que carece de una disposición específica en materia de modificaciones, remite a las normas generales para la modificación de los contratos reguladas en los arts. 203 y ss. LCSP. En el supuesto de darse los requisitos previstos en el art. 205 LCSP (modificaciones no previstas en el PCAP: prestaciones adicionales, circunstancias imprevisibles y modificaciones no sustanciales) se procederá a la modificación del contrato, de lo contrario, la imposibilidad de ejecutar el contrato en los términos inicialmente pactados dará lugar a su resolución y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes, mediante la aplicación de los arts. 211.g) y 203.2 LCSP.

Según se indica en la figura nº 6, cuando la medida surja de una administración distinta no cabe acudir al *ius variandi*, además en esta situación debido a la falta de regulación específica, no está previsto el derecho a desistir con lo que al contratista solo le cabe acudir a la solicitud de una indemnización por responsabilidad patrimonial, siempre y cuando se den los requisitos previstos en los arts. 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Sin embargo, no siempre da lugar a una compensación, como muestra el Informe de la Abogacía del Estado³⁶⁶ sobre el incremento del SMI. En este reciente Informe de 2019 se plantea un supuesto que se intenta encuadrar dentro de la figura del *factum principis*, la mayor onerosidad sobrevenida en un contrato de servicios como consecuencia del incremento del salario mínimo interprofesional (SMI) acaecido con carácter general por la aprobación del Real Decreto 1462/2018, de 29 de diciembre. La aplicación del Real

³⁶⁶ ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO (2019), Informe de la Dirección del Servicio Jurídico del Estado, Ref. A.G. Economía, Industria y Competitividad 1/2019 (R-33719).

Decreto suponía para el contrato un incremento del 25% del coste respecto al ejercicio precedente. El informe expone que, siendo el *factum principis* una técnica de garantía de equilibrio económico del contrato, ello no tiene porqué implicar en todo caso medidas de ordenación económica de las que surja la obligación de indemnizar o compensar la mayor onerosidad de la relación contractual. Y así, la Abogacía del Estado concluye la inexistencia de derecho a la compensación del contratista al considerar que esta mayor onerosidad ha de recibir el tratamiento que resulte del régimen jurídico sobre responsabilidad patrimonial (arts. 32 y ss Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público), considerando que la elevación del salario mínimo interprofesional no puede calificarse de perjuicio antijurídico (entendido como aquél que el administrado no tiene el deber jurídico de soportar), ya que en estos supuestos de funcionamiento normal del servicio público el canon de antijuridicidad está constituido por el carácter singular o general del perjuicio, siendo ésta una medida claramente no individualizada³⁶⁷.

Analizando la figura nº 6 con el prisma de los riesgos, centrados por su vinculación en materia de riesgos en el contrato de concesión de servicios, el concesionario es la parte contractual que soporta el riesgo operacional, que incluye *el riesgo de ruptura del equilibrio económico del contrato* como uno de los riesgos integrantes de ese riesgo y ventura general. Las actuaciones de la administración concedente obligatorias e imprevisibles para el concesionario que determinen la ruptura sustancial de la economía del contrato darán lugar al restablecimiento del equilibrio en beneficio de la parte que corresponda (art. 290.4 b) LCSP). Esta regulación supone una transmisión del *riesgo de ruptura del equilibrio económico del contrato* del concesionario a la Administración, de tal modo que si se materializa el riesgo de ruptura responde la Administración, aunque las consecuencias de la apreciación del *factum principis* no comportarán necesariamente la indemnización al contratista en todos los casos. La LCSP transfiere el riesgo a la Administración si ésta adopta una medida que provoque la ruptura del equilibrio económico financiero del contrato. Se configura como lo que podríamos denominar una *transmisión del riesgo legal y condicionada*. Es *legal* por cuanto constituye una transmisión del riesgo de ruptura del equilibrio del contrato regulada tácitamente en la

³⁶⁷ GARCÍA ROSA, M. (2019), «Restablecimiento del equilibrio económico del contrato...», ob. cit., p. 108.

Ley y *condicionada* a la adopción de una disposición o decisión por la Administración concedente que rompa el equilibrio del contrato ocasionando un grave perjuicio al contratista, que sea inimputable al contratista.

Cuando la decisión o disposición la adopta otra administración distinta de la concedente, no reconoce la LCSP la obligación de la administración concedente de reestablecer el equilibrio del contrato, por lo que el riesgo no se transfiere a la Administración. En ese caso, es el concesionario el que asume el *Riesgo de ruptura del equilibrio contractual*, no produciéndose la transmisión del riesgo que sí se transfería en el caso de que se tratara de una decisión de la administración concedente. Sin embargo, como se ha mencionado anteriormente, el derecho del concesionario a desistir del contrato reduce el *Riesgo de ruptura del equilibrio contractual* dando la posibilidad al concesionario de abandonar la concesión sin tener que pagar una penalización, lo que le beneficia y también tiene indudables beneficios para la ciudadanía y el interés público porque en caso de que se produzca la ruptura de la economía del contrato por la decisión adoptada por otra administración, la Administración concedente no tendrá que indemnizar al concesionario.

Con la finalidad de completar este sistema de riesgos, es preciso mencionar que la distribución de riesgos podría cambiar si se incluyen cláusulas en el Pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) o en el Pliego de prescripciones técnicas (PPT) del contrato que excluyan determinados costes de ser invocados por el contratista para alegar la ruptura del equilibrio económico del contrato, como pudiera ser la exclusión expresa de costes por aumentos tributarios, variaciones de los tipos de interés de la financiación, normativas laborales o revisiones laborales pactadas en convenios colectivos de aplicación. Debido al hecho de que las medidas excluidas están contempladas en los pliegos del contrato ya pierden el carácter de imprevisibles, se convierten en medidas previsibles para el contratista, situando el caso fuera de la figura del *Factum principis*. El establecimiento de estas cláusulas en los pliegos evita que la Administración asuma la totalidad del *riesgo de ruptura del equilibrio contractual* a la Administración, evita la transferencia del riesgo a la administración, permaneciendo parcialmente en el contratista. Con la inclusión de esas cláusulas en el PPT se produce una transmisión parcial de este riesgo al contratista, una “devolución” de parte del riesgo, solamente se transmiten de la Administración al contratista los riesgos excluidos,

que pasan a ser asumidos por el contratista que en la formalización del contrato ha asumido como propios esos riesgos. Es recomendable la inclusión de este tipo de cláusulas en los pliegos contractuales para las Administraciones Públicas en defensa del interés público.

La transmisión de los Riesgos analizada se podría denominar la *Teoría de riesgos del factum principis*. Esta teoría se puede representar como se muestra en la figura nº 7.

Figura nº 7. *Teoría de riesgos del factum principis*



Fuente: Elaboración propia.

Esta figura muestra la transmisión del riesgo de ruptura del equilibrio económico del contrato de concesión de servicios en los supuestos que se enmarquen en el *factum principis*, basado en el régimen jurídico de la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

2.4. LOS RIESGOS EN EL CONTRATO DE OBRAS *VERSUS* LOS RIESGOS EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRAS Y EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS

En el contrato de obra el Principio de riesgo y ventura del contratista regulado en el art. 197 LCSP ha sido históricamente una constante en esta figura contractual. Si se analiza la clasificación de los riesgos del Manual del Sistema de Cuentas Europeo SEC 95 de Eurostat, el riesgo que afecta al contrato de obra es el riesgo de construcción. En contraposición, en los contratos de concesión de obra además del riesgo de construcción existen riesgos relacionados con la explotación de la obra, riesgos de demanda y riesgo de disponibilidad.

La evolución normativa del contrato de concesión de obra pública³⁶⁸ revela causas importantes que explican la configuración actual de este contrato. La regulación de las concesiones de obras surge en el siglo XIX. Según VILLAR ROJAS, «la búsqueda de formas de financiación privadas de las obras públicas caracterizó el último tercio del siglo XIX. Las razones entonces eran las siguientes:

- 1) La necesidad de promover la iniciativa económica privada, agobiada por la acción del Estado.
- 2) La incapacidad empresarial de la Administración, que llevó a la figura del concesionario interpuesto (gestión por contrata y por empresa) al limitado ámbito de la gestión directa de obras públicas (por administración).

³⁶⁸ En la evolución del contrato de concesión de obra pública una de las normas más importantes de ese período fue la Instrucción para la promoción y ejecución de las obras públicas, aprobada por Real Decreto de 10 de octubre de 1845, que se mantuvo en vigor 32 años, por la escasa aplicación de la legislación de obras públicas de 1868, posteriormente sustituida por la Ley General de Obras Públicas de 1877.

- 3) La insuficiencia de recursos públicos para abordar proyectos de utilidad pública. La legislación de la época da cuenta de esta realidad»³⁶⁹.

La Instrucción de 1845 definía tres sistemas de ejecución de obras: por administración, por contrata o por empresa. El contrato de concesión de obra pública se corresponde con ese último modelo de ejecución de obras por empresa. Ése fue el origen del contrato de concesión de obra pública y las causas que impulsaron su utilización.

La LCAP integró las concesiones de obras dentro de la regulación del contrato de obras en sus arts. 130 a 134. Durante la vigencia de la LCAP se dictó la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, que insertó un nuevo Título V que recogía el régimen jurídico completo de dicho contrato, transformándolo en un contrato típico, cuya regulación perduró en la LCSP y el TRLCSP.

Las nuevas directivas de contratación pública han concedido tanta importancia a las concesiones que han dedicado una directiva en exclusiva para regular esta figura, la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión. Esta directiva ha sido transpuesta al ordenamiento jurídico español en la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público. La Comisión Europea, en el documento de trabajo «resumen de la evaluación de impacto» que acompañaba a la mencionada directiva afirma que «las concesiones sostienen una parte significativa de la actividad económica de la Unión Europea y están especialmente presentes en las industrias de red y en la prestación de servicios de interés económico general. Los concesionarios pueden, por ejemplo, construir y gestionar autopistas, prestar servicios aeroportuarios o explotar redes de distribución de agua».

El riesgo es el elemento esencial de la configuración del contrato de concesión. Tanto es así, que en la Conferencia sobre las nuevas normas de la UE relativa a adquisiciones y concesiones celebrada en Bruselas el 19 de marzo de 2014, Philippe

³⁶⁹ VILLAR ROJAS, F.J. (2005), «La concesión administrativa de obra pública como nueva fórmula de gestión de servicios sanitarios», ponencia impartida en el XIV Congreso Derecho y Salud, organizado por la Asociación Juristas de la Salud y celebrado en Zaragoza del 23 al 25 de noviembre de 2005.

Juvin, ponente de la Directiva 2014/23/UE, efectuó una observación muy importante, él afirmó que consideraba que se debería haber incluido un cambio en la denominación de la Directiva, consideraba que el título más apropiado era «Directiva relativa a la adjudicación del contrato basado en riesgo», debido a que hasta ese momento, los Estados miembros de la Unión Europea aplicaban regímenes jurídicos que denominaban concesiones pero que conforme a la Directiva no lo son³⁷⁰. El riesgo al que se refiere es el riesgo operacional, que es el elemento central que define y configura las concesiones.

Algunos autores como BLANCO LÓPEZ critican el excesivo protagonismo concedido al *riesgo operacional* en la Directiva 2014/23 expresando: «Sin embargo, reconociendo que la directiva es la primera regulación en la materia, debe afirmarse que ha concentrado sus estipulaciones exageradamente en la regulación del traslado al concesionario del «riesgo operacional», dejando abandonadas cuestiones que compensan ese factor como son la regulación del necesario equilibrio económico del contrato (art. 258 TRLCSP), el reparto adecuado de riesgos y los sistemas de financiación de las concesiones»³⁷¹. En esta reflexión fundamentan la causa de la misma en una excesiva preocupación de las políticas económicas de la UE por el equilibrio del déficit presupuestario en los Estados miembros y creen que la aplicación estricta de la traslación del riesgo operacional al concesionario no será posible si no se realiza una revisión periódica de las tarifas, lo que abre un panorama de liberalización del concepto de servicio público y de traslado del coste de los servicios públicos a la ciudadanía y usuarios de los mismos.

No comparto esa reflexión, la regulación de la Directiva y el posicionar la transmisión del riesgo operacional al concesionario es un avance muy relevante puesto que convierte el riesgo en el elemento esencial de configuración del contrato. Precisamente, el contrato de concesión de obras es un contrato basado en riesgo como afirma el ponente de la Directiva. Lo más importante es la traslación del riesgo operacional al concesionario porque es la parte que debe asumir el riesgo y porque de otro modo dañaría el interés público. No se puede admitir como ha ocurrido en el

³⁷⁰ ALIAGA MORENO, I. (2015), «La regulación de las concesiones de obras y servicios en las nuevas Directivas europeas. Visión crítica de la regulación en Navarra», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 45-46, Zaragoza, p. 267.

³⁷¹ BLANCO LÓPEZ, F. (2014), «La Directiva 23/2014 de contratos de concesión. El Riesgo operacional», *Revista Derecho y Salud*, Vol. 24 extraordinario, p. 93.

pasado en este tipo de contratos que si se producen beneficios en la explotación de la obra le correspondan al concesionario y si se materializan los riesgos y se producen pérdidas sea la Administración la que se vea obligada a asumirlas. La búsqueda del equilibrio y evitar el déficit público de los Estados Miembros de la UE es una prioridad comunitaria y en España por la Ley de Estabilidad Presupuestaria debe garantizarse. Mezclar el estricto cumplimiento de la traslación del riesgo operacional con el reajuste de tarifas y la traslación del coste a la ciudadanía es una visión sesgada de la realidad. Los pliegos de cláusulas administrativas del contrato pueden establecer límites a las tarifas, que eviten la tentativa de incrementar los costes de los servicios a la ciudadanía. Además, el art. 264 LCSP obliga a que se establezca un catálogo de incumplimientos en el pliego, debiendo distinguirse entre incumplimientos leves y graves. La Ley establece penalizaciones obligatorias para los supuestos de cobro al usuario de cantidades superiores a las legalmente autorizadas. A diferencia de los contratos no concesionales, se permite que las penalizaciones alcancen límites más altos.

La adjudicación de las concesiones de obras y servicios implicará dos principales características: la necesidad de construcción y explotación de la obra y la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de las obras o servicios que abarca el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. En referencia a la evaluación del riesgo operacional, puede tomarse en consideración, de forma coherente y uniforme, el valor actual neto de todas las inversiones, costes e ingresos del concesionario. La Directiva sobre concesiones, recogiendo una abundante jurisprudencia europea, añade que un riesgo operacional debe derivarse de «factores que escapan al control de las partes». Los riesgos vinculados a la mala gestión o a incumplimientos de contrato por el operador económico o a supuestos de fuerza mayor, no son determinantes para la clasificación como concesión, ya que tales riesgos son inherentes a cualquier tipo de contrato, tanto contrato público como concesión.

El art. 5 de la Directiva 2014/23/UE define la *concesión de obras* como: «un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la ejecución de obras a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar las obras objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago».

Para clarificar el concepto de contrato de concesión de obra, COLÁS TENAS señala que: «la concesión de obra pública incluye las obras necesarias para la prestación de un servicio público, pero no lleva implícita la prestación misma de un servicio público, pues lo importante es la infraestructura, que se pague una tarifa por su explotación, y no la actividad de servicio público. Es, por tanto, esencial el derecho a retribución por la explotación de la obra, ya pague el usuario (todo o parte), ya la Administración (en los casos de peaje en sombra)»³⁷².

Entre las diferencias del contrato de obra y contrato de concesión de obra se encuentra que el primero es un contrato de resultado, mientras que el contrato de concesión de obra es un contrato de actividad, como señalan DE ANDRÉS GUIJARRO Y HERRERO PRIETO³⁷³, al afirmar que lo relevante no es la construcción de la obra, sino la apertura al público, de forma gratuita o mediante explotación remunerada. Por este motivo, no cabe entender la explotación como una simple modalidad de pago, sino como un elemento esencial del contrato que lo configura como un contrato de actividad. Se podrá considerar contrato de obra si lo pretendido es la realización de una obra de construcción del Anexo I de la Ley a un contratista, quien por sus propios medios ejecutará las obras recibiendo como pago de sus trabajos el coste íntegro de las obras o donde el riesgo asumido por el contratista sea nominal o desdeñable.

Además, en el contrato de obras la retribución al contratista se abona de forma directa por el poder adjudicador, sin que exista más riesgo que el riesgo y ventura de todo contrato administrativo, referido al riesgo de construcción, de tal modo que si se ejecuta más obra de la contenida en el proyecto de obra inicial, el contratista tendrá derecho a su abono íntegro³⁷⁴. Mientras que en el contrato de concesión de obra lo esencial es la traslación del riesgo operacional (riesgo de demanda, riesgo de suministro, o ambos) al concesionario. La diferencia en el pago de la concesión de obras radica en que según el Informe 4/2014 de la JCCA de Valencia³⁷⁵: «la concesión de la obra

³⁷² COLÁS TENAS, J. (2009), *El contrato de concesión de obra pública. Estudios sobre la Ley de contratos del sector público*, Fundación Democracia y Gobierno Local, p. 373.

³⁷³ DE ANDRÉS GUIJARRO, F.J., HERRERO PRIETO, A. (2004), «El contrato de concesión de obras públicas: análisis de su actual regulación», *Revista jurídica de Castilla y León*, nº 3, mayo 2004, pp. 79-146.

³⁷⁴ VÁZQUEZ MATILLA, F. J. en PALOMAR OLMEDA, A. y GARCÉS SANAGUSTÍN, M., et al. (2018), *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público...*, ob. cit., p. 684.

³⁷⁵ JUNTA SUPERIOR DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE VALENCIA (2014), *Informe 4/2014, de 24 de noviembre de 2014*.

pública es una consecuencia de la forma de financiar las obras, las cuales se pagan total o parcialmente, pero de forma significativa y principal en cualquier caso, mediante la concesión del derecho de explotación de la obra o de aquellas partes de la misma que sean susceptibles de aprovechamiento económico por el concesionario».

En la práctica contractual comunitaria el TJUE también ha emitido sentencias para dislucidar el objeto principal distinguiendo entre contrato de servicios y contratos de concesión de servicios y la configuración de este último por la traslación del riesgo operacional al concesionario. Concretamente, la Sentencia Parking Brixen, de 13 de octubre de 2005³⁷⁶, en la que un órgano jurisdiccional remite al TJUE la pregunta de si la adjudicación de la gestión de los aparcamientos públicos de pago constituye un contrato público de servicios, conforme a la Directiva 92/50, o una concesión de servicios públicos, concluyendo el TJUE que dado que la retribución del prestador de servicios no procede de la autoridad pública, sino de las cantidades abonadas por terceros para el uso del aparcamiento, se está asumiendo por el prestador el riesgo de explotación de los servicios públicos, distinguiéndolo así de los contratos de servicios³⁷⁷.

Otra diferencia relevante, por tanto, es que al utilizarse el contrato de obras, sería la entidad pública quien debe abonar el montante total de las obras al contratista al terminar las mismas, mientras que con el contrato de concesión de obra pública se permite complementar la capacidad de inversión del Estado sin incrementar, en principio, el déficit público³⁷⁸.

La Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público define, de conformidad con los Considerandos 18 y ss de la Directiva 2014/23/UE, en qué consiste la transferencia del riesgo operacional al concesionario: «Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional por el concesionario cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las

³⁷⁶ Sentencia TJUE de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen, C-458/03, EU:C:2005:605.

³⁷⁷ También están relacionadas las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 18 de julio de 2007, Comisión/Italia, C-382/05, EU:C:2007:445 y de 13 de septiembre de 2007, Comisión/Italia, C-260/04, EU:C:2007:508.

³⁷⁸ No incrementa el déficit, siempre y cuando, cumpla las condiciones de Eurostat, la Oficina Oficial de Estadística de la UE.

obras que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable». Ésta es la esencia de las concesiones, *conditio sine qua non* de tal denominación. Aunque, sin perjuicio del nuevo término de *riesgo operacional*, éste constituye el otorgamiento de un *nomen* a una distinción que la jurisprudencia europea ya había desarrollado y que ahora se legaliza. Concretamente el Considerando 18º de la Directiva 2014/23/UE afirma: «la característica principal de una concesión, el derecho de explotar las obras o servicios, implica siempre la transferencia al concesionario de un riesgo operacional de carácter económico que supone la posibilidad de que no recupere las inversiones realizadas ni cubra los costes que haya sufragado para explotar las obras o los servicios adjudicados en condiciones normales de funcionamiento, si bien parte del riesgo siga asumiéndolo el poder o entidad adjudicador».

La nueva definición de concesión de obras de la Ley 9/2017 recoge una definición que aunque pudiera parecer similar a las anteriores directivas, se diferencia en la exigencia tras dicha definición de un riesgo operacional, cuyo alcance ha surgido al amparo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE). Como afirma VÁZQUEZ MATILLA: «La concreción del riesgo inherente a la explotación de una obra o de un servicio que el concesionario tiene que asumir, los elementos fundamentales de la definición, como el nivel y el tipo de riesgo, es la principal innovación de la directiva comunitaria»³⁷⁹.

Definir el riesgo operacional era fundamental, así lo enfatizó RAZQUIN LIZARRAGA que ya señaló la importancia de definir adecuadamente el concepto de riesgo operacional y su necesaria transferencia al concesionario³⁸⁰.

Para delimitar el concepto de contrato de obra y contrato de concesión de obra pública, es relevante la Sentencia del TJCE de fecha 19 de abril de 1994, Asunto C-

³⁷⁹ VÁZQUEZ MATILLA, F. J. en PALOMAR OLMEDA, A. y GARCÉS SANAGUSTÍN, M., et al. (2018), *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público...*, ob. cit., pp. 678 y ss.

³⁸⁰ RAZQUIN LIZARRAGA, M.M. (2014), *Contrato de gestión de servicios públicos y recursos especiales en materia de contratación (presente y propuestas de reforma)*, Revista Española de Derecho Administrativo, nº 161, p. 64.

331/92³⁸¹, Gestión Hotelera Internacional S.A. contra la Comunidad Autónoma de Canarias, Ayuntamiento de las Palmas de Gran Canaria y Gran Casino de Las Palmas S.A., que indicaba que lo determinante será el objeto principal del contrato para que pueda incardinarse una u otra figura en el ámbito del contrato de obras o en el de gestión de servicios públicos, y dentro del primero, en la concesión de obra pública, cuya finalidad persigue en primer término la construcción de la obra y la explotación de la obra como contrapartida, como asimismo, enfatizaba el ya mencionado Informe 4/2014, de 24 de noviembre de 2014, de la JCCA de Valencia. En este asunto, planteado al Tribunal Superior de Justicia de Canarias, que formuló la cuestión prejudicial, se discutía si era aplicable la Directiva a un contrato mixto de ejecución de obra y cesión de bienes, en particular la instalación de un casino y la explotación de un establecimiento hotelero en Las Palmas. Sin embargo, el Tribunal de Justicia de la UE consideró que este contrato mixto no resultaba afectado por la Directiva reguladora de los contratos públicos de obras. Según el Tribunal comunitario, las obras sólo tenían carácter accesorio respecto al objeto principal de la licitación (no se describían las obras ni se preveía su remuneración y la empresa licitadora por su objeto social no podía realizar tales obras)³⁸², por lo cual:

«...un contrato sólo puede considerarse contrato público de obras si su objeto consiste en realizar una obra de construcción y que, cuando dichas obras son accesorias y no constituyen el objeto del contrato, no pueden justificar la clasificación del contrato como contrato público de obras»³⁸³.

En el debate jurídico, como ha señalado el Consejo de Estado, la distinción entre el contrato de servicios y el de gestión de servicios públicos basada en la naturaleza de la prestación, ha sido desplazada por una dicotomía entre el contrato de concesión de servicios y el contrato de servicios fundada en la transferencia o no del riesgo operacional, con independencia de si el servicio pactado entre las partes tiene la consideración de servicio público. Prueba de la amplitud de la que quiere dotarse a la transferencia del riesgo operacional es la desaparición, tanto de la Directiva 2014/24/UE

³⁸¹ Sentencia TJCE de 19 de abril de 1994, Gestión Hotelera Internacional S.A., C-331/92, EU:C:1994:155.

³⁸² ORDOÑEZ SOLÍS, D. (2002), *La Contratación Pública en la Unión Europea*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 71 y 72.

³⁸³ Ap. 27 de la Sentencia Gestión Hotelera Internacional.

respecto de la Directiva 2004/18/CE, como de la LCSP respecto del TRLCSP, del anexo comprensivo del listado de servicios que pueden constituir el objeto del contrato típico³⁸⁴. Lo determinante en la configuración del contrato de concesión de servicio público y el contrato de concesión de obra pública como tales es la transferencia del riesgo al concesionario, no la naturaleza de la prestación.

Con anterioridad a la Ley 9/2017, ya el art. 277 a) TRLCSP regulaba que en la concesión de servicios públicos el empresario gestionaba éstos a su propio riesgo y ventura. Por su parte, el art. 281 TRLCSP establecía que la contraprestación del contratista incluía, para hacer efectivo su derecho a la explotación del servicio, una retribución fijada en función de su utilización, a percibir directamente de los usuarios o de la Administración. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su Informe 12/2010, seguía esta tesis al afirmar: «si la retribución se establece de un modo cierto e independiente del grado de utilización del servicio por parte de los usuarios, no estaremos en presencia de una verdadera concesión de servicios públicos». La propia naturaleza del contrato de concesión como un contrato basado en riesgo y asunción del riesgo por el contratista, también se ha puesto de manifiesto por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales: «La gestión indirecta de un servicio público puede configurarse tanto siguiendo las líneas que configura la concesión administrativa, cuando existe riesgo en la gestión y ésta es asumida por el empresario, o como un contrato de prestación de servicios en el que el contratista, por así decirlo, actúa de mero auxiliar de la Administración titular del servicio en la prestación del mismo»³⁸⁵. También entre los tribunales administrativos de contratación pública de las Comunidades Autónomas destacan las Resoluciones núm. 110/2017 y 141/2017 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

Es el Tribunal de Justicia de la Unión Europea quién patentó la expresión «riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado», tiene gran trascendencia la Sentencia

³⁸⁴ VÁZQUEZ MATILLA, F. J. en PALOMAR OLMEDA, A. y GARCÉS SANAGUSTÍN, M., et al. (2018), *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público...*, ob. cit., pp. 762 y ss.

³⁸⁵ Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales núm. 80/2013 entre otros muchos posteriores como las Resoluciones núm. 41/2014, 82/2014, 602/2015, 141/2015, 515/2015 u otras más recientes entre las que se encuentran la Resolución núm. 135/2017, 271/2017.

del TJUE *Privater Rettungsdienst* de 10 de marzo de 2011³⁸⁶, entre otras³⁸⁷, cuando establece lo siguiente:

«... si bien el modo de remuneración es, por tanto, uno de los elementos determinantes para la calificación de una concesión de servicios, de la jurisprudencia se desprende además que la concesión de servicios implica que el concesionario asuma el riesgo de explotación de los servicios de que se trate y que la inexistencia de transmisión al prestador del riesgo relacionado con la prestación de los servicios indica que la operación en cuestión constituye un contrato público de servicios y no una concesión de servicios. A este respecto, procede señalar que el riesgo de explotación económica del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado [...], que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio».

El Informe 2/2014, de 22 de enero, de la JCCA de Aragón reconoce que la asunción del riesgo por el contratista es el elemento clave, siendo por tanto el elemento configurador del contrato, puesto que el informe aborda la calificación de los contratos asistenciales sanitarios y sociales afirmando que el riesgo asumido por el contratista es el elemento clave para la calificación de un contrato como gestión de servicio público, indicando que:

«El TJUE ha reconocido que el operador asume el riesgo del servicio cuando cobra una parte significativa de su remuneración al usuario, de forma que el modo de remuneración del operador es, como en la concesión

³⁸⁶ Sentencia TJUE de 10 de marzo de 2011, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler contra Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau*, C-274/09, EU:C:2011:130.

³⁸⁷ Vid. también la Sentencia TJUE de 27 de octubre de 2005, *Contse y otros*, C-234/03, EU:C:2005:644; Sentencia TJUE de 10 de septiembre de 2009, Asunto *Eurwasser*, C-206/08, EU:C:2009:540; Sentencia TJUE de 18 de julio de 2007, Asunto *Parking Brixen*, C-382/05, EU:C:2007:445 o la Sentencia TJUE de 10 de noviembre de 2011, Asunto *Norma-A y Dekom*, C-348/10, EU:C:2011:721.

de obras, un elemento que permite determinar la asunción del riesgo de explotación. Así el TJUE ha considerado como concesión de servicios casos en que la remuneración al operador provenía de los pagos efectuados por los usuarios de un parking público (STJUE de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen), de un servicio de transporte público (STJUE de 6 de abril de 2006, ANAU) y de una red de teledistribución (STJUE de 13 de noviembre de 2005, Coditel Brabant)».

La Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en el Derecho Comunitario de 2000, recogía como característica de las concesiones de servicios que: «el operador asume el riesgo del servicio en cuestión cobrando una parte significativa de su remuneración al usuario en particular mediante la percepción de tarifas en cualquiera de sus formas». Si bien, la Comunicación señala también que «aún en el supuesto de peajes ficticios, esto es, a cargo del concedente, el riesgo económico permanece si la remuneración depende del nivel de frecuentación». Se admite la posibilidad de que en las concesiones la retribución la abone íntegramente la Administración, a lo que denominan *sistema de shadow tax*, en el que el riesgo depende de la explotación de la empresa y no del abono o no de la tarifa directamente por la Administración. De esta manera, el criterio del modo de remuneración del operador como elemento de determinación de la asunción del riesgo de explotación, no debe entenderse como un criterio de «quién paga», si lo hace el usuario o la Administración, sino de la transferencia de la responsabilidad de la explotación. Este criterio fue confirmado por la Sentencia del TJUE de 10 de septiembre de 2009 sobre el asunto *Eurwasser*.

El criterio aplicable es, por tanto, que siendo la vinculación de las remuneraciones al operador económico por el uso o frecuencia del servicio un elemento significativo de que existe concesión de servicios, lo determinante para la Comisión es que se haya transferido la responsabilidad de la explotación. Tanto es así, que en aquellos supuestos en que la retribución al operador económico está vinculada al uso del servicio, pero existen mecanismos de compensación por los que la Administración garantiza un nivel de beneficios o la ausencia de pérdidas, ese contrato no es una concesión. Lo relevante es la existencia de riesgo para el que el contrato sea de concesión o, en su ausencia efectiva, de servicios. Constituye un contrato público de

servicios y no una concesión de servicios. La calificación de contrato de concesión, tanto concesión de obras como concesión de servicios, depende de la existencia de un riesgo efectivo que asume el concesionario, que se haya transferido la responsabilidad de la explotación.

Este criterio de la Comisión Europea tiene profunda trascendencia, equipara la transmisión del riesgo de explotación con la transferencia de la responsabilidad de la explotación. Esa igualdad, riesgo = responsabilidad, es similar al observado en el Derecho alemán, es por lo que afirmamos en esta tesis que un auténtico sistema de garantías tiene un efecto mitigador de los riesgos en la contratación. Concretamente, el modelo de responsabilidad civil por cumplimiento defectuoso del contrato de obras del Derecho alemán muestra esa dualidad con claridad, el contratista asume el riesgo de construcción y esa asunción es determinante y generadora de la responsabilidad civil por cumplimiento defectuoso. El contratista asume el riesgo porque asume la responsabilidad del cumplimiento del contrato según lo pactado entre las partes del mismo. La existencia de un completo sistema de garantías de responsabilidad civil regulado en el Código Civil Alemán (BGB) para los casos de cumplimiento defectuoso del contrato reduce los riesgos.

Tras el análisis de las mencionadas Sentencias del TJUE se puede extraer como conclusión que la transferencia del riesgo operacional al concesionario que regula la Directiva 2014/23/UE relativa a la adjudicación de contratos de concesión es el elemento determinante y constituyente del contrato de concesión de obras y concesión de servicios. Esa transmisión del riesgo de explotación de la obra o del servicio define y configura el contrato y lo distingue del resto de contratos cercanos. De este modo, constituye también el elemento diferencial principal del contrato de concesión, junto al objeto contractual, con el contrato de obras y el contrato de servicios. Mientras el contrato de obra tiene por objeto la construcción de la obra, el contrato de concesión de obra conlleva la construcción y explotación de la obra, diferenciando la transmisión del riesgo operacional al concesionario con respecto al contrato de obra. El contrato de obra se rige por el Principio de riesgo y ventura del contratista, que se refiere al riesgo de construcción, no a un riesgo operacional, por cuanto el contrato de obras no tiene explotación de la obra como parte integradora del objeto del contrato. El riesgo de construcción, que nominamos en singular para distinguirlo como categoría de riesgos

del riesgo operacional, no es único como hemos conceptualizado en la Teoría del riesgo divisible, sino que es una categoría genérica compuesta por múltiples riesgos.

2.5. DIFERENCIAS EN LA TRANSMISIÓN DE LOS RIESGOS CON EL ORDENAMIENTO CIVIL

Resulta importante establecer las diferencias que podemos encontrar en la transmisión de los riesgos entre el ordenamiento civil y el administrativo.

Como primera diferencia en la transmisión de los riesgos de los contratos sujetos a la LCSP, con respecto a los contratos regulados por el ordenamiento civil, se encuentra la fijación del fin del plazo de garantía como el momento crucial de la transmisión de los riesgos. A este respecto, el art. 210.3 LCSP, establece: *“En los contratos se fijará un plazo de garantía a contar de la fecha de recepción o conformidad, transcurrido el cual sin objeciones por parte de la Administración, salvo los supuestos en que se establezca otro plazo en esta Ley o en otras normas, quedará extinguida la responsabilidad del contratista. Se exceptúan del plazo de garantía aquellos contratos en que por su naturaleza o características no resulte necesario, lo que deberá justificarse debidamente en el expediente de contratación, consignándolo expresamente en el pliego”*.

Siguiendo la «Teoría del Riesgo divisible», tipología de riesgos establecida para el contrato de obra civil en este estudio, el fin del plazo de garantía supone la transmisión de los riesgos por pérdida de la obra y riesgos por defectos aparentes.

En relación con el art. 196 LCSP y con el art. 210.3 LCSP, el art. 238 LCSP establece la responsabilidad del contratista derivado de la ejecución de las obras. Éste se limita a establecer que las obras han de ejecutarse:

- Con estricta sujeción a las estipulaciones contenidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares.
- Con estricta sujeción al proyecto que sirve de base al contrato.

- Conforme a las instrucciones que en interpretación técnica de éste dieran al contratista el Director facultativo de las obras y el responsable del contrato en sus ámbitos de competencia. Las instrucciones verbales deberán ser ratificadas por escrito, figurando en el Libro de Órdenes, en el más breve plazo posible para que sean vinculantes para las partes.

La parte más importante se encuentra en el párrafo 3 de art. 238 LCSP que establece que: «durante el desarrollo de las obras y hasta que se cumpla el plazo de garantía el contratista es responsable de todos los defectos que en la construcción puedan advertirse». Atendiendo a este artículo, los riesgos por obras defectuosas o mal ejecutadas (lo que en el ordenamiento civil equivaldría a defectos aparentes) los asume el contratista durante el desarrollo de las obras y el plazo de garantía, mientras que una vez expirado ese plazo, dichos riesgos se trasladan a la Administración. El momento de la transmisión de los riesgos que puedan advertirse en la construcción, es decir, por defectos aparentes, en los contratos sujetos a la LCSP se produce en la expiración del plazo de garantía y mediando Informe favorable del Director facultativo de la obra, como se expone más adelante.

Por tanto, en el caso de las «obras defectuosas o mal ejecutadas, hasta que tenga lugar la recepción definitiva³⁸⁸, el contratista responderá de la ejecución de la obra contratada y de las faltas que en ella hubiere, sin que sea eximente ni le dé derecho alguno la circunstancia de que los representantes de la Administración hayan examinado o reconocido durante su construcción, las partes y unidades de las obras o los materiales empleados ni que hayan sido incluidos éstos y aquellas en las mediciones y certificaciones parciales. El contratista quedará exento de responsabilidad cuando la obra defectuosa o mal ejecutada sea consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración o de vicios del proyecto, salvo que éste haya sido presentado por el contratista al concurso correspondiente en la forma establecida por el art. 35 de la Ley de Contratos del Estado (RCL 1965, 771)» (Cláusula 43 PCAG).

³⁸⁸ Entiéndase Informe favorable sobre el estado de las cosas (art. 243.3 LCSP).

Analicemos ahora la transmisión de los riesgos en relación a las obras defectuosas o mal ejecutadas, atendiendo al momento en que puedan materializarse:

- Durante la ejecución de la obra: Mientras la obra esté en ejecución, el Contratista responde de las faltas o defectos que en la construcción puedan advertirse sin que pueda alegar como eximente que el Director facultativo haya procedido a valorar y certificar dichas unidades de obra. Deberá procederse a su demolición y posterior reconstrucción con cargo al contratista, cuando, a juicio de la Dirección facultativa, se considere que ello es necesario para proteger los Intereses públicos. Solamente quedará exento de responsabilidad cuando la obra defectuosa o mal ejecutada sea consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración (Libro de Órdenes) o de vicios del proyecto, salvo que éste haya sido presentado por el Contratista (contrato de proyecto y obra), según el art. 196 LCSP (que establece la asignación de responsabilidades entre la Administración y el Contratista).
- En el acto de la recepción de las obras: Cuando al efectuar el acto de la recepción de las obras (art. 243 LCSP) se compruebe que no están en estado de ser recibidas dados los defectos encontrados en las mismas, se levantará «acta de recepción negativa»³⁸⁹ en la que se harán constar, con el detalle preciso, los defectos observados, y se dará un plazo prudencial para que el Contratista ejecute las obras necesarias para reparar debidamente lo mal ejecutado. Es evidente que esto no debería suceder nunca, ya que el director facultativo de las obras, sólo deberá tramitar la solicitud de recepción del contratista, cuando su Informe sea favorable, es decir, cuando las obras estén en estado de ser recibidas por estar bien terminadas de acuerdo con el proyecto aprobado y vigente.
- Durante el plazo de garantía: Una vez efectuada la recepción de conformidad, si bien la Administración pasa a asumir todos los riesgos de la obra, no obstante, el Contratista sigue siendo responsable de su conservación y mantenimiento, debiendo reparar, a su costa, los defectos que puedan aparecer por defectos de

³⁸⁹ En cuanto a lo que se conoce como «Recepción negativa», se encuentra regulada en el art. 243.2 in fine LCSP.

construcción, salvo que demuestre que no le son imputables por ser debidos al mal uso de lo construido. Hay que tener en cuenta que, una vez recibidas las obras por la Administración se han dado por buenas las prestaciones del contratista, aunque siga respondiendo, *solamente*, de los vicios y defectos de la obra hasta que se cumpla o finalice el plazo de garantía, siempre que los defectos se deban a deficiencias en la ejecución de la obra y no al uso de lo construido (art. 238.3 LCSP).

- Finalizado el plazo de garantía: una vez finalizado el plazo de garantía, el contratista sólo responde ante la Administración por los vicios ocultos de la construcción y que no pudieron detectarse ni durante la ejecución de la obra ni durante el plazo de garantía³⁹⁰.

Podemos preguntarnos, ¿el contratista siempre responde por los daños causados como consecuencia de la ejecución de la obra? En principio y como regla general sí, a tenor del art. 196 LCSP. Pero existen dos excepciones a esta regla general, la mencionada anteriormente en relación al art. 196 LCSP unida a ésta segunda: cuando los daños hayan sido causados por el contratista con incumplimiento, por parte de la Administración, de sus deberes de policía e inspección, lo que supone la atribución de la responsabilidad a ésta por incurrir en un caso de *culpa in vigilando*.

Hay casos en los que la aplicación del principio de riesgo y ventura del contratista generarían una situación evidentemente injusta cuyas consecuencias no tendría el deber de soportar el contratista. Estos son los supuestos de fuerza mayor, regulados por el art. 239 LCSP, en los que siempre que no exista una actuación imprudente por su parte, el contratista tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios que se le hubieren producido. El mismo artículo establece un listado que aporta seguridad jurídica, a diferencia con lo que ocurría en el ordenamiento civil. Los casos de fuerza mayor están tasados, son *numerus clausus*, según el art. 239.2 LCSP tendrán dicha consideración los siguientes:

- a) Los incendios causados por la electricidad atmosférica.

³⁹⁰ MENÉNDEZ GÓMEZ, E. (2008), *Contratos del Sector Público: Contrato de Obras Públicas*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 357 y 358.

- b) Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes.
- c) Los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público.

Existe jurisprudencia que en concordancia con el artículo establece que constituyen fuerza mayor: los fenómenos meteorológicos imprevisibles e inevitables (STS 20 de mayo 1999, [RA 5201]), así como los actos violentos y tumultuosos contra la Administración o el orden público que producen daños al contratista (STS 11 de mayo 1999, [RA 5034], sobre los actos violentos contra la decisión de la Administración de construir una nueva presa en Riaño). Sin embargo, la jurisprudencia considera que no es fuerza mayor la dificultad adicional que se produce en relación con los cálculos hechos por el contratista sobre circunstancias sobrevenidas que no son anormales ni extraordinarias como el caso de la mayor duración de las obras por dificultades de acceso a un túnel no previstas por el contratista (STS 30 de abril 1999, [RA 469]).

El caso de fuerza mayor ha de producirse en la fase vital del contrato, pues una vez extinguido el contrato (el contrato finaliza en la fecha contractual que figure en el contrato, art. 35 g) LCSP), los riesgos de la obra se trasladan a la Administración. Para que el contratista pueda tener derecho a indemnización por los daños y perjuicios sufridos, alegando causa de fuerza mayor, se han de cumplir los siguientes requisitos:

- a) Que no haya existido actuación imprudente por parte del contratista.
- b) Que el caso de fuerza mayor no se haya producido después de la “recepción de la obra de conformidad” (art. 243.2 LCSP), pues a partir de dicha fecha se trasladan los riesgos de la obra a la Administración. De ahí la importancia de hacer la recepción en tiempo y forma.
- c) Que se pruebe la existencia del caso concreto de fuerza mayor, y por tanto, su relación causa-efecto, corriendo la carga de la prueba por cuenta del Contratista³⁹¹.

³⁹¹MENÉNDEZ GÓMEZ, E. (2008), *Contratos del Sector Público: Contrato de Obras Públicas*, ob. cit., p. 363.

Si el contratista estima que se encuentra en alguno de los casos de fuerza mayor, conforme al art. 146 del Reglamento General de la LCAP³⁹², deberá comunicar tales circunstancias al Director de la obra en el plazo de veinte días a contar desde el último en que se produjo el hecho causante, poniendo de manifiesto las circunstancias ocurridas, los medios que ha empleado para contrarrestarlas, la naturaleza y entidad de los daños producidos, así como la estimación de su importe. El Director de la obra comprobará sobre el terreno la realidad de lo alegado, establecerá relación de causalidad entre los daños producidos y la causa alegada por el contratista, valorará los daños producidos y efectuará una propuesta al órgano de contratación, que resolverá lo que proceda previa audiencia del contratista y previo informe jurídico evacuado sobre el particular³⁹³.

Probado que se ha producido el caso concreto de fuerza mayor, y dado que el Contratista tiene derecho a una indemnización por los daños y perjuicios sufridos, ha de procederse a su cuantificación. La cuantía también ha de probarse por el contratista, y comprenderá todos los daños que haya sufrido, tanto de la obra ejecutada como la de la maquinaria, acopios, etc., afectados a la obra, excluidos los «gastos generales», según reiterada doctrina del Consejo de Estado.

Ésta es la segunda diferencia en el sistema de riesgos con respecto al contrato de obras del ordenamiento civil, en el contrato de obra regulado por la LCSP, el contratista no asume el riesgo por pérdida de la obra por caso fortuito o fuerza mayor, en este caso el contratista, siempre que no exista actuación imprudente por su parte, tiene derecho a recibir una indemnización por los daños y perjuicios sufridos. Lo importante es analizar, ¿cuál es la justificación de que el riesgo de pérdida por fuerza mayor no sea asumido por el contratista? La fuerza mayor como excepción al principio de riesgo y ventura se introduce «en el art. 86 del pliego de cláusulas de 1886, de aplicación a las obras públicas, como justa compensación a las dificultades de los contratistas y concesionarios para encontrar entidades aseguradoras que quisieran asumir los grandes riesgos derivados de la eventual pérdida o destrucción de las obras públicas, y ratificada

³⁹² RD 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

³⁹³ VICENTE IGLESIAS, J. L. (2008), *Comentarios a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid, p. 499.

su existencia en el art. 42 del pliego de 1903 y en el art. 46 de la Ley de Contratos del Estado, es acogida también en el pliego de 1973, que regula de manera pormenorizada las indemnizaciones a que tiene derecho el concesionario caso de destrucción de la obra por causa de fuerza mayor durante la fase de construcción»³⁹⁴.

El art. 243 LCSP regula la recepción y el plazo de garantía. Éste determina los sujetos que han de estar presentes en la recepción de la obra: el responsable del contrato (art. 62 LCSP), si se hubiese nombrado, o un facultativo designado por la Administración representante de ésta, el facultativo encargado de la dirección de las obras y el contratista asistido, si lo estima oportuno, de su facultativo. Con carácter potestativo, puede asistir el representante de la Intervención, para ejercer dentro de sus funciones fiscalizadoras, la comprobación material de la inversión (art. 210.2 LCSP).

Aunque debe acudir el contratista, el acto de recepción de la obra es un acto administrativo unilateral, en el que la Administración pone de manifiesto su conformidad o disconformidad con las actuaciones ejecutadas por el contratista.

Dentro del plazo de tres meses contados a partir de la recepción, el órgano de contratación deberá aprobar la certificación final de las obras ejecutadas, que será abonada al contratista a cuenta de la liquidación del contrato. Si se encuentran las obras en buen estado y con arreglo a las prescripciones previstas, el funcionario técnico designado por la Administración contratante y representante de ésta, las dará por recibidas, levantándose la correspondiente acta y comenzando entonces el plazo de garantía.

Cuando las obras no se hallen en estado de ser recibidas se hará constar así en el acta y el Director de las mismas señalará los defectos observados y detallará las instrucciones precisas fijando un plazo para remediar aquéllos. Si transcurrido dicho plazo el contratista no lo hubiere efectuado, podrá concedérsele otro nuevo plazo improrrogable o declarar resuelto el contrato.

³⁹⁴ CONSEJO DE ESTADO, Dictamen nº 1075/2001, de 26 de julio de 2001.

En cuanto al plazo de garantía regulado por el art. 243.3 LCSP, éste se establecerá en el pliego de cláusulas administrativas particulares atendiendo a la naturaleza y complejidad de la obra y no podrá ser inferior a un año salvo casos especiales. Existen dos tipos de obras para los que la LCSP no exige plazo de garantía (art. 243.4 LCSP):

- Las obras no destinadas a perdurar por no tener finalidad práctica como las de sondeos y prospecciones que hayan resultado infructuosas.
- Las obras que por su naturaleza exijan trabajos que excedan el concepto de mera conservación, como los de dragados.

Dentro del plazo de quince días anteriores al cumplimiento del plazo de garantía, el director facultativo de la obra, de oficio o a instancia del contratista, redactará un informe sobre el estado de las obras. Pueden darse dos situaciones en función del contenido del Informe:

- Si éste fuera favorable, el contratista quedará relevado de toda responsabilidad, salvo de la responsabilidad por vicios ocultos regulada en el art. 244 LCSP que se comentará posteriormente, procediéndose a la devolución o cancelación de la garantía, a la liquidación del contrato y, en su caso, al pago de las obligaciones pendientes que deberá efectuarse en el plazo de sesenta días.
- En el caso de que el informe no fuera favorable y los defectos observados se debiesen a deficiencias en la ejecución de la obra y no al uso de lo construido, durante el plazo de garantía, el director facultativo procederá a dictar las oportunas instrucciones al contratista para la debida reparación de lo construido, concediéndole un plazo para ello durante el cual continuará encargado de la conservación de las obras, sin derecho a percibir cantidad alguna por ampliación del plazo de garantía.

Como se ha mencionado anteriormente, una de las diferencias con respecto al ordenamiento civil es la existencia misma del plazo de garantía que establece la LCSP, período durante el cual el contratista sigue asumiendo los riesgos por pérdida de la obra y por defectos aparentes. También difiere del ordenamiento civil el momento de la transmisión de los riesgos en los contratos sujetos a regulación de la LCSP, en los que el momento crucial no es la entrega de la obra (como indica la LOE aplicable a obras

inmobiliarias), sino la expiración del plazo de garantía unido a la emisión del anteriormente citado Informe favorable del Director facultativo sobre el estado de las obras regulado por el art. 243.3 LCSP. El informe favorable, provocaría la transmisión de los riesgos del contratista a la Administración, según se puede deducir de la expresión «el contratista quedará relevado de toda responsabilidad» salvo, y como indica el art. 244 LCSP, de la responsabilidad por vicios ocultos.

Según establece el art. 243.5 LCSP, podrán ser objeto de recepción parcial aquellas partes de obra susceptibles de ser ejecutadas por fases que puedan ser entregadas al uso público, según lo establecido en el contrato. Se entiende que, en relación con éste, el art. 240.1 LCSP establece que las certificaciones y abonos a cuenta no supondrán de forma alguna, la aprobación y recepción de las obras que comprenden, salvo que medien razones de uso público en cuyo caso se admite la recepción parcial del art. 243.5 LCSP.

Una tercera diferencia importante de los contratos sujetos a la LCSP con respecto a los contratos sujetos al ordenamiento civil es su finalidad de servir al interés público, que añade ciertas divergencias en la transmisión de los riesgos en un determinado supuesto. En este sentido, ¿qué ocurre cuando la Administración entrega las obras al uso o al servicio público sin realizar el acto formal de la recepción? En este sentido, el art. 243.6 LCSP establece: «Siempre que por razones excepcionales de interés público debidamente motivadas en el expediente el órgano de contratación acuerde la ocupación efectiva de las obras o su puesta en servicio para el uso público, aún sin el cumplimiento del acto formal de recepción, desde que concurren dichas circunstancias se producirán los efectos y consecuencias propios del acto de recepción de las obras y en los términos en que reglamentariamente se establezcan». En este caso, se tiene por realizada la recepción, si nos encontrásemos en el ordenamiento civil significaría que no se dilata en el tiempo el mantenimiento de la responsabilidad por vicios aparentes del contratista, produciéndose la transmisión de esos riesgos concretos del contratista a la otra parte contractual. Se produciría lo que podríamos llamar «*transmisión anticipada del riesgo por causa del interés público*», pero en estos casos, en los contratos del Sector Público, no es así, no se transmite el riesgo en la recepción sino hasta que se produzca la finalización del plazo de garantía, precisamente para evitar costes de reparación de la Administración por defectos en la construcción, que han de ser subsanados por el contratista para la protección del interés público.

El art. 244 LCSP establece la responsabilidad por vicios ocultos. Este artículo determina que: «si la obra se arruina con posterioridad a la expiración del plazo de garantía por vicios ocultos de la construcción, debido al incumplimiento del contrato por parte del contratista, responderá éste de los daños y perjuicios que se manifiesten durante un plazo de quince años a contar desde la recepción. Transcurrido este plazo sin que se haya manifestado ningún daño o perjuicio, quedará totalmente extinguida la responsabilidad del contratista». Del tenor del mismo, se deduce que el contratista asume el riesgo de pérdida de la obra por vicios ocultos producida una vez expirado el período de garantía, siempre que se deba al incumplimiento del contrato por parte del mismo. Ese riesgo es asumido durante quince años, a partir del cual se produce la liberación de la responsabilidad del contratista. Parece razonable el establecimiento de un período amplio de responsabilidad del contratista por vicios ocultos, dada la finalidad perseguida de salvaguardar el interés público.

La segunda excepción al Principio de ejecución del contrato a riesgo y ventura del contratista, la relativa a lo pactado en las cláusulas de reparto de riesgo que se incluyan en los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, se ha eliminado porque se ha suprimido el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado en la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

3. EL CONTRATO DE COLABORACIÓN PÚBLICO – PRIVADA

3.1. CONCEPTO, OBJETO, RÉGIMEN JURÍDICO, CARACTERÍSTICAS Y DURACIÓN DEL CONTRATO

Los modelos de colaboración público-privada (en adelante, CPP) se han utilizado desde el siglo XV en toda Europa Occidental, en infraestructuras muy diversas, entre las que se encuentra la emblemática Torre Eiffel de París³⁹⁵. Las fórmulas de colaboración

³⁹⁵ La Torre Eiffel fue el objeto de un convenio tripartito entre el Ministro de Comercio e Industria como Comisario de la Exposición Universal, el Ayuntamiento de París y Gustavo Eiffel, ingeniero constructor. La concesión «como precio por estos trabajos, tal como se evalúan en el Anexo, se acuerda en pago al Sr. Eiffel una suma de 15.100 francos franceses de los créditos otorgados a la Exposición Universal y el

público-privada y su desarrollo actual tienen su origen en el Derecho anglosajón, en las reformas que inició el Gobierno conservador de John Major en 1992, en un contexto complicado caracterizado por una crisis monetaria, que en una *reinención* de los modelos de CPP, lo configuró como un instrumento dentro del programa de reformas en el que el *Public Private Partnership* (en adelante, PPP) constituía una técnica dentro del contexto más amplio de PFI, *Private Finance Initiative*. El PFI suponía una modalidad más del denominado *New Public Management*³⁹⁶. Aunque de origen conservador, la llegada al poder de los laboristas británicos encabezados por Tony Blair, no supuso la eliminación del programa sino su potenciación, si bien, mejoraron su formulación mediante la revisión de las cláusulas particulares de los contratos, una mejora de los procedimientos de licitación que permitiera ganar eficacia y una adecuación mejor de la transferencia de los riesgos al socio privado. En este periodo aparecen dos ideas clave en los PPP: el *value for money*, esto es una adecuada relación entre coste y calidad, y el *risk transfer*, la transferencia efectiva de riesgos al contratista en todos los modelos de colaboración público-privada, incluso también es un factor crucial en las concesiones administrativas³⁹⁷.

La mundialización e integración de los mercados públicos se va consiguiendo tras ir venciendo poco a poco el proteccionismo nacional, no sin dificultad y reconociendo que aún perduran estas prácticas difícilmente erradicables en su totalidad, que privilegiaban a empresarios nacionales frente a los procedentes de otros países. Las consecuencias del proteccionismo nacional son el encarecimiento de las adquisiciones públicas y la anulación de la competencia entre empresas. La magnitud económica alcanzada por los mercados públicos en estos años de desarrollo del Estado Social y el proceso de internalización de las relaciones económicas fueron claves contra el proteccionismo estatal. Para la consecución del proceso de apertura a la competencia se requería la supresión de obstáculos que impidieran «la circulación de empresas, mercancías o

disfrute de la explotación de la Torre durante el año de la Exposición y los veinte años siguientes, a contar a partir del 1 de enero de 1890». En GONZÁLEZ GARCÍA, J. V. (2010), *Colaboración público-privada e infraestructuras de transporte. Entre el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado y la atipicidad de la gestión patrimonial*, Cedit, Marcial Pons, Madrid, p. 16, nota 6.

³⁹⁶ Sobre esta cuestión, *vid.* NIETO GARRIDO, E. (2003), «El *New Public Management* y el gobierno a través de contratos en el Reino Unido», *Revista de Administración Pública*, nº 162, septiembre-diciembre 2003, pp. 391 y ss.

³⁹⁷ GONZÁLEZ GARCÍA, J. V. (2010), *Colaboración público-privada e infraestructuras de transporte. Entre el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado y la atipicidad de la gestión patrimonial*, Cedit, Marcial Pons, Madrid, p. 17.

servicios, tales como la subsistencia de diferencias nacionales en la definición de los poderes adjudicadores, el objeto de los contratos, los procedimientos de adjudicación, las especificidades técnicas y la publicidad de las ofertas»³⁹⁸.

La liberalización internacional de la contratación de las Administraciones públicas ha propiciado una pérdida de protagonismo de los ordenamientos internos para adquirirlo las organizaciones internacionales o regionales. Este proceso se ha realizado a través de normativa armonizadora internacional, que impone en ocasiones y orienta en otras a los Estados los principios que han de inspirar las normas nacionales de contratos públicos. Esta internacionalización de la contratación pública ha propiciado la proliferación de contratos de colaboración público-privada, que aunque en muchas ocasiones no han utilizado esa denominación contractual, más conocidas en el ámbito europeo como concesiones, han consistido en la implicación de Administraciones públicas y empresas privadas en la inversión de grandes infraestructuras. Las razones por las que ha sido frecuente la utilización de la contratación público-privada las recoge la Comisión Europea en su Comunicación de 2004: «Diferentes factores explican el recurso cada vez más frecuente a las operaciones de CPP. Teniendo en cuenta las restricciones presupuestarias que han de afrontar los Estados miembros, este fenómeno responde a la necesidad que tiene el sector público de recibir financiación privada. Otra explicación radicaría en el deseo de aprovechar en mayor medida los conocimientos y métodos de funcionamiento del sector privado en el marco de la vida pública»³⁹⁹.

La nueva LCSP traspone la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión. Aunque no venía obligado por la Directiva, la Ley reorganiza el conjunto de los contratos que han permitido hasta ahora la colaboración entre el sector público y las empresas para la provisión de infraestructuras y servicios públicos, ha eliminado como contrato típico el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado en España, y ha sustituido el contrato de gestión de servicios públicos (con sus diferentes subtipos) por el de concesión de servicios.

³⁹⁸ ESLAVA RODRÍGUEZ, M. (2003), *Contratos públicos internacionales*, COLEX, Madrid, pp. 11 y ss.

³⁹⁹ AYMERICH CANO, C. (2013), «Crisis económica y contratación pública», en PERNAS GARCÍA, J. José et al., *Contratación Pública Estratégica*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 88 y 89, nota 9, (COM (2002) 127, punto 3).

El régimen jurídico aplicable al contrato de colaboración entre el sector público y el privado en la anterior LCSP, según indicaba el art. 313 TRLCSP, eran las normas generales contenidas en el Título I del Libro IV y por las especiales correspondientes al contrato típico cuyo objeto se correspondiera con la prestación principal de aquél, identificada conforme a lo dispuesto en el art. 136 a) TRLCSP, en lo que no se opusiera a su naturaleza, funcionalidad y contenido peculiar conforme al artículo 11. Estableciendo también este artículo que esas normas delimitarían los deberes y derechos de las partes y las prerrogativas de la Administración. Es preciso advertir previamente a su análisis que se trataba de un régimen jurídico difuso e incompleto.

La regulación de esta tipología contractual es una de las principales modificaciones que introdujo la derogada Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), regulación muy novedosa puesto que este tipo contractual no es regulado a nivel comunitario en la Directiva 2004/18/CE y el legislador nacional solo pudo apoyarse en el Libro verde sobre la contratación público-privada (documento meramente consultivo) y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones⁴⁰⁰.

El contrato de colaboración entre el sector público y el privado era regulado y definido por el art. 11 LCSP en la sección dedicada a la delimitación de los tipos contractuales. La LCSP fue modificada por la Disposición final decimosexta de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible en este contrato en particular. Según la nueva redacción del artículo este contrato ha de reunir las siguientes características:

- a) Es un contrato que sólo puede ser celebrado por entes que, teniendo en cuenta la clasificación de ámbito subjetivo del art. 3 LCSP tengan la cualidad de Administraciones Públicas, Entidades públicas empresariales u organismos similares de las Comunidades Autónomas. Esta es una diferencia con respecto a la redacción anterior de la LCSP que solo contemplaba a las Administraciones Públicas *strictu sensu*, añadiendo en el nuevo articulado a las Entidades públicas empresariales u organismos similares de las Comunidades Autónomas.

⁴⁰⁰ Libro Verde sobre la Colaboración Público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, aprobado por la Comisión Europea el 30 de abril de 2004.

- b) La parte ejecutora del contrato sólo puede ser una entidad de Derecho privado.
- c) Su objeto según el TRLCSP consistía en la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprendiera alguna de las siguientes prestaciones:
 - La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión.
 - La gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas.
 - La fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado.
 - Otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado.

La contraprestación a percibir por el contratista colaborador no consistirá en una tarifa desembolsada por los usuarios de la obra o del servicio, sino que vendrá dada por un precio que se abonará por la Administración o entidad contratante al adjudicatario durante toda la vida del contrato, y que podrá estar referenciado en los pliegos al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento⁴⁰¹.

En lo relativo a la duración de este contrato, éste tenía un período temporal de vigencia dado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, con una duración máxima de veinte años con algunas excepciones. El art. 314 TRLCSP establecía que la duración de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado no podría exceder de veinte años. No obstante, cuando por razón de la prestación principal que constituye su objeto y de su configuración, el régimen aplicable sea el propio de los contratos de concesión

⁴⁰¹ VICENTE IGLESIAS, J. L. (2008), *Comentarios a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid, pp.89 y ss.

de obra pública, se estará a lo dispuesto en el art. 268 TRLCSP sobre la duración de éstos. Según este último artículo, las concesiones de construcción y explotación de obras públicas se otorgarían por el plazo que se acuerde en el pliego de cláusulas administrativas particulares, que no podrían exceder de cuarenta años. Las concesiones relativas a obras hidráulicas tendrán una duración máxima de setenta y cinco años, según lo regulado por el art. 134.1.a) del texto refundido de la Ley de Aguas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio.

El contrato de colaboración público-privado tenía un carácter subsidiario, puesto que sólo procedía cuando los contratos de obras, servicios, suministros o de gestión de servicios públicos no servían para satisfacer las necesidades colectivas. Este carácter subsidiario lo explicitaba el art. 11.2 TRLCSP⁴⁰². El art. 134 TRLCSP también fue modificado por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible incluyendo el término «entidad contratante» en el mismo sentido de ampliación del ámbito subjetivo del art. 11 TRLCSP. Por su parte, el artículo 134.1 TRLCSP establecía el deber de la Administración o entidad contratante de elaborar un documento de evaluación con carácter previo a la iniciación de un expediente de contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado en el que se efectuase un análisis comparativo con formas alternativas de contratación que justificasen en términos de obtención de mayor valor por precio, de coste global, de eficacia o de imputación de riesgos, los motivos de carácter jurídico, económico, administrativo y financiero que recomendasen la adopción de esta fórmula de contratación.

La nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público transpone la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, a la que se denomina «Directiva de Concesiones». Además, la ley reorganiza los tipos contractuales, eliminado el contrato de colaboración entre el sector público y el privado. La mencionada Directiva regula dos tipos de concesiones: la concesión de obras y la de servicios, esta última parcialmente coincidente con la modalidad de concesión del antiguo contrato de gestión de servicio público. En ambos casos el elemento definidor

⁴⁰² Art. 11.2 TRLCSP: «Sólo podrán celebrarse contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado cuando previamente se haya puesto de manifiesto, en la forma prevista en el artículo 134, que otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de las finalidades públicas».

es la transferencia del riesgo operacional al concesionario, equiparable sustancialmente al tradicional riesgo y ventura en la explotación de la concesión tradicional del ordenamiento español. La regulación de la concesión de obras resulta de aplicación supletoria a la concesión de servicios en todo lo no regulado expresamente para este tipo de concesión, siempre y cuando sea compatible con su naturaleza.

Con la eliminación del contrato de colaboración entre el sector público y el privado, esa actividad contractual se canalizará en el contrato de concesión de obras, que define el art. 14 LCSP: La concesión de obras es un contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones a que se refiere el artículo anterior (dedicado al contrato de obras), incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la contraprestación a favor de aquel consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio.

3.2. LOS RIESGOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICO-PRIVADA

Uno de los elementos más importantes en las fórmulas de CPP, es el adecuado reparto de riesgos entre las partes intervinientes (pública y privada), de tal forma que cada riesgo sea asignado a la parte mejor capacitada para gestionarlo, preverlo y controlarlo. Adicionalmente de conformidad con Eurostat, la Oficina Europea de Estadística de las Comunidades europeas, el hecho de que sea el socio privado el que soporte la mayor parte de los riesgos que se derivan de la ejecución del contrato, hace que éstos no computen dentro del déficit público de los Estados, siendo ésta en la actualidad la máxima aspiración de toda la Administración en la gestión de sus infraestructuras y servicios.

El 11 de febrero de 2004 Eurostat adoptó una decisión relativa al tratamiento contable en las cuentas nacionales de los contratos firmados por entidades públicas en el marco de operaciones de colaboración público privadas, donde recomienda que, a los efectos de medir el déficit o superávit públicos los activos vinculados a una operación

de CPP no se consideren activos públicos y por consiguiente, no se registren en el balance de las administraciones públicas cuando se cumplan dos condiciones: que el socio privado soporte el riesgo de la construcción y que además el socio privado soporte al menos uno de los dos riesgos siguientes: el de disponibilidad o el vinculado a la demanda. Esta clasificación de los riesgos se desarrollará posteriormente en el epígrafe 3.2.2.

Dada la amplitud de sectores objeto de aplicación de las fórmulas de CPP (transporte, sanidad, defensa, prisiones, educación, etc.), así como el diverso alcance competencial que abarca las diferentes figuras de CPP, no es posible en una primera aproximación establecer un registro de riesgos pormenorizados, ya que en cada sector surgen contingencias que no aparecen en otras actividades.

3.2.1. Los riesgos del contrato CPP y el *Project Finance*

Los riesgos y su distribución afectan de modo determinante y consustancial al contenido de este tipo contractual. El art. 136 TRLCSP establecía el clausulado que ha de contener el contrato de colaboración pública-privada. Éste determinaba que además del contenido mínimo de los contratos regulados por el art. 26 TRLCSP, esta figura contractual debía incluir necesariamente según el art. 136 b) TRLCSP las condiciones de reparto de riesgos entre la Administración y el contratista, desglosando y precisando la imputación de los riesgos derivados de la variación de los costes de las prestaciones y la imputación de los riesgos de disponibilidad o de demanda de dichas prestaciones.

Junto al documento de evaluación (art. 134 TRLCSP) y al programa funcional (art. 135 TRLCSP), el tercer eje definidor del contenido de este contrato es el «clausulado del contrato». El establecimiento de cláusulas de reparto de riesgos es aún más importante en este tipo de contrato destinado a acometer proyectos especialmente complejos o de tecnología muy avanzada en el que se establece un reparto de riesgos equitativo entre las partes intervinientes.

El Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público derogó el art. 37 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que está dedicado al Impulso a la

eficiencia en la contratación pública y financiación de la colaboración público-privada. El art. 37.4 Ley 2/2011 sobre la regulación de la financiación de la colaboración entre el sector público y el sector privado bajo fórmulas institucionales, establecía que sin perjuicio de la posibilidad de utilizar medios de financiación tales como emisión de obligaciones, empréstitos o créditos participativos, las sociedades de economía mixta constituidas para la ejecución de un contrato público en el marco de una colaboración público-privada de carácter institucional a que se refería la derogada disposición adicional trigésima quinta de la Ley de Contratos del Sector Público podían:

- a) Acudir a ampliaciones de capital, siempre que la nueva estructura del mismo no modifique las condiciones esenciales de la adjudicación salvo que hubiera estado prevista en el contrato.
- b) Titulizar los derechos de cobro que ostenten frente a la entidad adjudicadora del contrato cuya ejecución se le encomiende, previa autorización del órgano de contratación, cumpliendo los requisitos previstos en la normativa sobre mercado de valores.

Los riesgos en esta figura contractual se incrementan exponencialmente si se titulizan los derechos de cobro, entrando así a cotizar en bolsa, teniendo en cuenta la significativa volatilidad de los mercados bursátiles en la actualidad.

La autorización del órgano de contratación ciertamente es esencial, pero parece que debiera regularse un control más exhaustivo de este tipo de operaciones financieras durante toda la duración del contrato y el establecimiento de cláusulas contractuales que incluyan la asunción total del riesgo de estas operaciones de financiación por las entidades privadas para velar por el interés público. Es por ello, por lo que consideramos preciso cuantificar el ratio entre este medio de financiación y la totalidad de los recursos de financiación y analizar su impacto sobre la consecución de objetivos de este contrato para la protección del interés público.

La cuestión nuclear de las operaciones de Colaboración Público-Privada (CPP) es la de articular la mejor distribución de tareas y el mejor reparto de riesgos, todo ello bajo la premisa esencial de que cada parte asuma aquellas competencias y riesgos que

está más cualificada para gestionar eficazmente. Todo ello redundará en una mejora de la eficiencia en la prestación del servicio y, por tanto, en un considerable ahorro de costes. Así, el operador privado aprovechará su mayor capacidad de gestión comercial, innovación, mejora tecnológica, *know-how* y el propio método de trabajo empresarial. Directamente ligado con lo anterior, le corresponderá hacerse cargo de los riesgos asociados a esta ventaja cualitativa derivada de su posición en el mercado. De este modo, se hará cargo de riesgos tales como el riesgo de demanda o el riesgo de disponibilidad según los casos⁴⁰³. El operador público del contrato, por su parte, no podrá desentenderse de su responsabilidad última de proporcionar un servicio a los ciudadanos y, en consecuencia, asumirá las tareas relativas a la definición de los objetivos públicos o del interés general a satisfacer, así como la dirección de la ejecución del proyecto y la asunción de aquellas responsabilidades que no podrían nunca exigirse al operador privado.

El elemento esencial en este tipo de contratos es la adecuada transferencia de riesgos por parte de la Administración Pública, responsable último de la construcción de la infraestructura o de la prestación del servicio, al operador privado. Para conseguir esa adecuada transferencia de riesgos, es preciso identificar, en primer lugar, cuáles son los posibles riesgos que podrían llegar a entorpecer la realización del proyecto o generar un incremento del coste del mismo.

El principio esencial en el que se basa el concepto de CPP es la óptima asignación de riesgos a aquella parte del «partenariado» con mejor capacidad para gestionarlos, puesto que en caso contrario supondrá un mayor coste que podría trasladarse al usuario directamente o indirectamente. Ésta es la justificación para identificar el tipo habitual de riesgos que aparecen en los contratos objeto de la fórmula de CPP.

La motivación que nos lleva a analizar la CPP la constituye que es un buen ejemplo de articulación sistemática y pormenorizada de los riesgos en los contratos de obras. La gestión del riesgo (*risk management*) comprende las tareas de identificación, análisis, cuantificación, reparto y establecimiento de fórmulas de reducción de los

⁴⁰³ DORREGO DE CARLOS, A. y MARTÍNEZ VÁZQUEZ, F. (2009), *La Colaboración Público-Privada en la Ley de Contratos del Sector Público, Aspectos administrativos y financieros*, La Ley, Madrid, p. 56.

riesgos asociados a un proyecto concreto. Los riesgos pueden clasificarse en genéricos y específicos. Los riesgos genéricos resultan comunes a cualquier tipo de proyecto de CPP, mientras que los específicos dependen del servicio concreto que se va a prestar o de la infraestructura que se pretende construir y explotar. Entre los riesgos genéricos se encuentran numerosos criterios de clasificación: riesgo de diseño y construcción, riesgo operativo o de explotación, riesgo económico o de obtención de ingresos insuficientes, riesgo financiero, riesgo en la gestión del proyecto, riesgo legal o político, riesgo crediticio general, riesgos medioambientales, fuerza mayor, riesgo tecnológico o de obsolescencia, inviabilidad del proyecto, etc⁴⁰⁴.

Según describe BUENO HUDSON: «El riesgo entraña una posibilidad de daño. La caracterización del riesgo debe ponerse en relación con el peligro, para distinguir la sutil diferencia entre ambos términos». El peligro implica una mayor proximidad al daño, que se caracteriza por un plus sobre el riesgo. En el riesgo se desconocen los desenlaces de las situaciones, pero sí se conocen las probabilidades de los posibles resultados. Este último aspecto, conocer las probabilidades, es el que permite modelizar, valorar y acotar los riesgos⁴⁰⁵.

El concepto de *Project Finance* es un modelo de financiación, estructura que se empezó a utilizar formalmente en el siglo XIX con la finalidad de financiar las grandes construcciones de infraestructuras ferroviarias en Estados Unidos, aunque ya en el Imperio Romano se habla de algo parecido al modelo de financiación del *Project finance* mediante las importaciones y exportaciones de bienes entre colonias. También se ha utilizado a lo largo de la historia en la financiación de parkings y peajes. El *Project finance* se realiza a través de una entidad legal específica para ejecutar el proyecto denominada Sociedad Vehículo del Proyecto (*Special Purpose Vehicle*, SPV) creada por *sponsors* que aportan capital y deuda dónde los activos representan una garantía colateral mientras que el *cash flow* del proyecto es la única fuente del pago de los intereses y repago de la deuda. Entre las cinco características principales el *Project finance* de otros tipos de financiación se encuentran: 1) el deudor es una compañía de

⁴⁰⁴ DORREGO DE CARLOS, A. y MARTÍNEZ VÁZQUEZ, F. (2009), *La Colaboración Público-Privada en la Ley de Contratos del Sector Público...*, ob. cit., pp. 59 y ss.

⁴⁰⁵ BUENO HUDSON, A. J. (2011), «La acotación del riesgo en la financiación estructurada de un *Project Finance*» en PALOMAR OLMEDA, A., DE ÁLVARO MONTERO, A. et al. *La Colaboración Público-Privada: Análisis Avanzado de los Problemas Prácticos de esa Modalidad Contractual*, Aranzadi, Cizur Menor, p. 258.

proyectos establecida *ad-hoc* financiera y legalmente independiente de los sponsors, 2) el/los prestamistas tienen capacidad de recuso limitado sobre los *sponsors*, 3) los riesgos se asignan proporcionalmente entre todas las partes involucradas en la transacción, 4) el *cash flow* debe ser suficiente para pagar la ejecución del proyecto y los intereses y solo los fondos residuales se pueden utilizar para remunerar a los sponsors mediante dividendos y las garantías colaterales son proporcionados por los sponsors a los prestamistas como garantía de los cobros y activos destinados a gestionar el proyecto⁴⁰⁶.

En la clasificación de riesgos según su naturaleza que se producen en los *Project Finance*⁴⁰⁷, durante las distintas fases del contrato, se encuentran los siguientes:

- Riesgos de la planificación y desarrollo inicial del proyecto: la complejidad, recursos necesarios y tamaño de estos proyectos requiere una fase previa al diseño.
- Riesgo tecnológico: ciertos proyectos pueden requerir de la utilización de tecnologías innovadoras o incluso desconocidas. Suele asignarse al contratista la decisión de la mejor tecnología a usar, con el consentimiento previo de los *sponsors*.
- Riesgo de construcción: riesgo de que la construcción no pueda ser completada o simplemente retrasada.

En las fases de finalización de la construcción y explotación los riesgos más comunes son:

- Riesgo de suministro: riesgo asociado a la incapacidad de la SPV para obtener los inputs necesarios para producir, o estos no son óptimos en cantidad o calidad para la eficiente utilización de la infraestructura.
- Riesgo de explotación: este riesgo consiste en que una vez terminada la obra correctamente no sea capaz de operar técnica, cuantitativa o cualitativamente al nivel requerido.

⁴⁰⁶ GATTI, S., *Project Finance in Theory and Practice*, Academic Press, pp. 2 y 3, USA.

⁴⁰⁷ BUENO HUDSON, A. J. (2011), «La acotación del riesgo en la financiación estructurada de un *Project Finance*» en PALOMAR OLMEDA, A., DE ÁLVARO MONTERO, A. et al. *La Colaboración Público-Privada...*, ob. cit., p. 276 y ss.

- Riesgo de mercado: consistente en el riesgo de que los ingresos generados por la SPV sean menores que los esperados en la planificación del proyecto. Esta reducción de ingresos puede deberse a distintos factores como la bajada de la demanda, bajada de precios o mayor competencia en el mercado.

Estos riesgos de la fase de terminación y explotación son riesgos propios del proyecto, que se gestionan a través de contratos con las partes involucrados en cada caso.

Existen otros riesgos, riesgos del entorno macroeconómico, que pueden aparecer durante las distintas fases del proyecto, que suelen ser no controlables desde el proyecto y suelen enfrentarse mediante estrategias de aseguramiento (pólizas de seguro) o en el mercado de capitales (contratos de derivados) entre los que se encuentran los siguientes: Riesgo de tipo de interés, Riesgo de tipo de cambio, Riesgo de inflación, Riesgo medioambiental, Riesgo regulatorio, Riesgo legal y Riesgo de crédito de las contrapartes del proyecto.

En el reparto de los riesgos las estrategias de cobertura de los riesgos más utilizadas pueden resumirse en 3 estrategias⁴⁰⁸:

1. Retención de riesgos: es realizada en financiaciones corporativas donde una compañía retiene internamente un riesgo porque considera que la asignación de éste a un tercero supone un alto coste. Se suelen implementar políticas internas para el control y prevención de estos riesgos.
2. Transferencia del riesgo mediante la asignación a alguno de los miembros/partícipes del proyecto: en la fase de diseño del proyecto de financiación se analiza en detalle las capacidades de gestión de riesgo de cada uno de los partícipes y se lleva a cabo un estudio desarrollado por los asesores legales de los sponsors y financiadores. Se decide qué miembro debe asumir determinados riesgos por tener mayor capacidad para su gestión, que puede llevar a reducir el coste del proyecto.

⁴⁰⁸ BUENO HUDSON, A. J. (2011), «La acotación del riesgo en la financiación estructurada de un *Project Finance*» en PALOMAR OLMEDA, A., DE ÁLVARO MONTERO, A. et al. *La Colaboración Público-Privada...*, ob. cit., p. 276 y ss.

3. Transferencia del riesgo a agentes o sociedades profesionales cuyo negocio es la gestión del riesgo, por ejemplo, aseguradoras: se suele emplear como política mitigadora del riesgo residual no gestionable a través de las otras dos estrategias de cobertura de riesgos. Se refiere a riesgos de remota ocurrencia o difíciles de gestionar que ninguna de las partes del contrato está dispuesta a cubrir, siendo las aseguradoras las únicas que están dispuestas a asumir estos riesgos a cambio del pago de una prima.

En la práctica se suelen desarrollar Mapas matriz de identificación y asignación de riesgos entre todas las partes del proyecto. El *Project finance* es un modelo de CPP, entre otras muchas modalidades, que resulta interesante ante la creciente necesidad de recursos para la dotación de infraestructuras y los requisitos cada vez más existentes de las instituciones financieras tras la crisis financiera mundial, pero la viabilidad de este tipo de financiaciones está muy condicionada a la capacidad de gestionar y estructurar el riesgo inherente al proyecto financiado⁴⁰⁹. El *Project Finance* es una modalidad de financiación muy compleja, que en mi opinión solo debiera utilizarse por el Sector Público para supuestos en los que la inversión de la infraestructura fuese muy significativa, como recurso muy excepcional, cuando no se pudiese utilizar el recurso a la deuda pública. Y, de utilizarse esta modalidad, recomendaría un análisis exhaustivo de la gestión de riesgos por asesores legales, dada la volatilidad e imprevisibilidad de los innumerables riesgos y el coste de su posible materialización. Es mucho más recomendable realizar concesiones de obras y concesiones de servicios, cuya regulación además se ha armonizado en el ámbito europeo mediante la reciente Directiva sobre adjudicación de concesiones de 2014.

⁴⁰⁹ BUENO HUDSON, A. J. (2011), «La acotación del riesgo en la financiación estructurada de un *Project Finance*» en PALOMAR OLMEDA, A., DE ÁLVARO MONTERO, A. et al. *La Colaboración Público-Privada...*, ob. cit., p. 280.

3.2.2. Categorías de Riesgos del Manual SEC-95 de Eurostat

Especialmente relevante es la clasificación de riesgos que realiza Eurostat en el *Manual del SEC-95 sobre el déficit público y la deuda pública*, en particular en su IV parte dedicada a «Contratos a largo plazo entre unidades administrativas y socios privados (asociaciones público-privadas)». El Manual de Eurostat parte de la división de los riesgos en dos grandes categorías:

1. Riesgos que afectan al proceso de la construcción de la infraestructura, denominados genéricamente, riesgos de construcción.
2. Riesgos relativos a la realización de la actividad, que pueden ser riesgos de demanda o riesgos de disponibilidad.

La idea que guía el sistema de Eurostat es que para que un proyecto de CPP no compute a efectos de un mayor déficit público, se han de transferir al socio privado una buena parte de los riesgos de construcción y los de demanda o disponibilidad. Las dos categorías de riesgos de Eurostat comprenden los siguientes riesgos:

1. El riesgo de construcción comprende acontecimientos como retrasos en la entrega, incumplimiento de criterios especificados, costes significativos, deficiencias técnicas y factores externos negativos, incluidos los ambientales que conlleven pagos indemnizatorios a terceros. Para la determinación de qué parte contractual asume el riesgo, el criterio general es que si el contrato impone a la Administración Pública la realización de pagos periódicos con independencia del estado en el que se encuentre la estructura, es deducible que es la Administración la que está soportando el riesgo de construcción y que, por tanto, no se trata de un verdadero esquema de CPP a efectos de no computar en el balance de la deuda de la Administración.

Las contingencias que pueden afectar a este tipo de riesgo son múltiples, de hecho, la experiencia internacional relativa a los contratos de colaboración público-privada ofrece innumerables ejemplos en los que el riesgo de construcción se ha materializado con grave perjuicio para el operador privado.

Por citar un ejemplo, el proyecto de remodelación de la Spencer Street Station en Melbourne en el que el contrato de PPP tenía por objeto la construcción de un nuevo intercambiador que integrase los servicios de autobús, tren metropolitano, regional e interestatal, así como un conjunto de servicios complementarios como un centro comercial, un supermercado, oficinas, bloques de vivienda y un hotel. El proyecto debía adsorber una demanda estimada de 30.000 viajeros por hora durante las horas punta. El contrato se celebró bajo la premisa de una clara transferencia de riesgos al contratista, de forma que debía proponerse un único proyecto de remodelación de la línea férrea y de mejoras de los sistemas sin que se interrumpiese el servicio de transporte ferroviario durante la realización de las obras. Los riesgos de construcción se materializaron desde el momento en que el techo del complejo resultó más caro de lo previsto a causa de varias razones, entre otras, el incremento constante de los precios del acero. El principal contratista registró pérdidas por valor de 69.000.000 € y el proyecto tuvo un retraso de 12 meses cuyo coste fue repercutido al socio privado.

En España es interesante analizar la experiencia de la Comunidad de Madrid en la construcción de equipamientos sanitarios, caracterizada por la transferencia al operador privado de la totalidad del riesgo de construcción así como del riesgo de disponibilidad y calidad, estableciéndose el mecanismo de pago a través de una cantidad fija anual (CFA) y una cantidad variable anual (CVA) que no podría ser inferior al 60% de la cantidad máxima anual y que se haría depender del cumplimiento efectivo de estándares de calidad⁴¹⁰.

2. El riesgo de disponibilidad se concreta en: la no entrega del volumen convenido en el contrato, el incumplimiento de la normativa sobre seguridad o de las certificaciones administrativas especificadas en el contrato o el incumplimiento de los estándares de calidad fijados en el contrato. El sistema de pagos al contratista en la distribución de estos riesgos constituye una gran novedad en relación a los modelos tradicionales de ejecución de obras. El criterio de

⁴¹⁰ RODRIGUEZ VARELA, N. (2008), «Modelos de colaboración público-privada. Experiencia de la Comunidad de Madrid: Nuevos equipamientos sanitarios», *Revista Española de Control Externo*, volumen X, núm. 28, enero 2008, pp. 89-110.

Eurostat es que si el flujo de pagos periódicos al operador privado se reduce significativamente cuando no se cumple alguno de los requerimientos que entran en la definición contractual de la «disponibilidad» estaremos ante un verdadero contrato de CPP porque se habrá operado una auténtica transferencia de riesgos.

El riesgo de disponibilidad se transfiere bajo la forma de identificación de las prestaciones que debe realizar el contratista a las que se asocian los correspondientes pagos en función de la obtención de un nivel determinado de calidad en la prestación del servicio⁴¹¹. Constituirá una verdadera transferencia de riesgo, siempre que el socio privado sea quién soporte en su cuenta de resultados las consecuencias de una deficiente prestación del servicio, como comúnmente consecuencia del establecimiento de algún tipo de penalización cuando se materializa el riesgo de disponibilidad.

Como ejemplo de adecuada transmisión de riesgos al operador privado cabe citar la construcción de la infraestructura de enlace por tren de alta velocidad entre Ámsterdam y la frontera con Holanda y Bélgica. El mecanismo de pago al consorcio ganador de la licitación consistió en un pago por disponibilidad con penalizaciones por condiciones insatisfactorias de los activos. Al asumir el riesgo derivado de la correcta puesta a disposición de la nueva infraestructura el socio privado encuentra un importante incentivo para lograr una adecuada disponibilidad. Del mismo modo, al excluir al constructor del riesgo de demanda se propicia un equilibrio más justo y basado en las capacidades que cada parte estaba mejor preparada para gestionar.

3. El riesgo de demanda se refiere, según Eurostat, a las oscilaciones de la demanda con independencia del comportamiento que desarrolle el operador privado, es decir, a los riesgos asociados al ciclo económico, a las nuevas tendencias del mercado, a la competencia y a la obsolescencia tecnológica. El criterio en estos casos es considerar que el riesgo de demanda lo asume la administración pública en aquellos supuestos en que el flujo de pagos al socio

⁴¹¹ GONZÁLEZ GARCÍA, J. V. (2006), «Contrato de colaboración público-privada», *Revista de Administración Pública*, núm. 170, Madrid, p. 20.

privado sea independiente de las fluctuaciones de la demanda efectiva siempre que no guarde relación con la deficiencia o baja calidad de los servicios. En resumen, se trata del «riesgo económico» que habitualmente soportan las entidades privadas en una economía de mercado⁴¹².

Una adecuada ponderación de los riesgos ha de llevar también aparejada una correcta estimación de los costes del proyecto. Una vez identificados ambos, es necesario realizar una adecuada valoración de unos y otros en función de si la ejecución se atribuye íntegramente al sector público o por el contrario, se opta por un tipo contractual de colaboración público-privada. El análisis comparativo resulta crucial para medir la eficiencia económica y adoptar la decisión final sobre la forma de gestionar el proyecto. La comparación se realiza mediante dos análisis complementarios: Análisis cualitativo (expectativa de demanda, transferencia de riesgos, etc.) y análisis cuantitativo (Valor Actual Neto de los flujos de caja en CPP -VAN-, mayor coste de la financiación privada considerando la tasa interna de retorno del capital privado invertido -TIR-, etc).

Analizados los riesgos que contempla el Manual de Eurostat, es preciso enfatizar que la finalidad es que la contratación pública no compute como déficit público de los Estados Miembros de la Unión Europea. Si el contratista asume el riesgo de construcción y uno de los riesgos de actividad, el riesgo de demanda o el riesgo de disponibilidad, la inversión no consolidará déficit y en consecuencia el contrato se calificará como contrato de concesión de obra pública. *Sensu contrario*, si no se asumen tales riesgos, se tratará como un gasto público el importe de la inversión del objeto del contrato, por más que el poder adjudicador califique como concesión demanial el negocio jurídico. Anteriormente, si el contratista asumía el riesgo de construcción y alguno de los otros dos riesgos, según la regulación española se consideraba contrato de colaboración público-privada y no computaba déficit. Tras la Directiva 2014/23/UE relativa a la adjudicación de contratos de concesión, los contratos de colaboración público-privada (CPP) se consideran insertos en el concepto de concesión.

⁴¹² DORREGO DE CARLOS, A. y MARTÍNEZ VÁZQUEZ, F. (2009), *La Colaboración Público-Privada en la Ley de Contratos del Sector Público...*, ob. cit., pp. 60 y ss.

El preámbulo de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, vigente norma de contratación pública en España, que transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/23/UE y la Directiva 2014/24/UE, aclara una novedad importante referente a la tipología de contratos. Junto a los contratos de obras, servicios o suministros se incluyen con la nueva regulación los contratos de concesión de obras y concesión de servicios, suprimiéndose los contratos de gestión de servicios públicos y los contratos de colaboración público-privada. Los contratos de colaboración público-privada son unos contratos creados por la Ley de Contratos del Sector Público de 2007 con dudosa pertinencia y desconocidos como tales en el ámbito europeo, la Ley 9/2017 destaca su escasa utilidad práctica al mismo tiempo que el Consejo de Estado, en su dictamen del anteproyecto de la ley, afirma incluso que estos contratos quedarían insertos en la noción de concesión⁴¹³.

El documento Resumen de la evaluación de impacto de la Directiva 2014/23/UE afirma que «las concesiones en las que participan socios privados son una forma particular de colaboración público-privada (CPP). De acuerdo con la información disponible, más del 60% de los contratos celebrados en el marco de la CPP pueden considerarse concesiones. Como modelo en el que la retribución del socio privado consiste en su derecho a explotar la obra o el servicio, con el inherente riesgo financiero, las concesiones constituyen un marco jurídico apropiado para la realización de tareas públicas mediante CPP y, por consiguiente, hacen posible llevar a cabo obras y servicios muy necesarios, manteniendo a la vez esos activos fuera de las cuentas del Estado». De este modo, los contrato de colaboración público-privada desaparecen como tal en la legislación española vigente en materia de contratos del Sector Público, pero en el futuro se seguirán realizando los objetos contractuales de estos contratos bajo la figura de la concesión de obras o la concesión de servicios.

⁴¹³ VÁZQUEZ MATILLA, F. J. en PALOMAR OLMEDA, A. y GARCÉS SANAGUSTÍN, M., et al. (2018), *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público...*, ob. cit., p. 680.

4. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE OBRAS EN EL DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS

Numerosos juristas europeos han planteado reiteradamente la necesaria armonización y/o unificación de la pluralidad de Derechos civiles nacionales existente en Europa para avanzar hacia un auténtico Derecho Europeo de los Contratos. Para la consecución de esa armonización europea, se desarrolla el Marco Común de Referencia (DCFR). A la mencionada armonización en el ámbito europeo se ha unido un consenso significativo en la doctrina española⁴¹⁴ sobre la urgencia de una modernización del derecho de contratos del Código Civil. Con esa finalidad, se presentó en enero de 2009 la Propuesta de Anteproyecto de Ley para la Reforma del Libro IV del Código Civil sobre Obligaciones y Contratos, realizada por la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación.

En el nuevo Derecho contractual europeo el Contrato de obra se regula en el capítulo 3 del Libro IV.C DCFR, es decir, dentro del primer capítulo de la parte especial como una modalidad del tipo general denominado contrato de servicios. En caso de conflicto de normas, de conformidad con el art. IV.C 1:103, resulta de aplicación preferente el capítulo 3 *construction* como norma especial, antes que el capítulo 2 de la parte general sobre servicios. La regulación del contrato de obras inserto en la normativa del contrato de servicios en el DCFR difiere de la regulación aislada y sin vinculación al contrato de servicios del Código Civil español en los arts. 1588 y ss. Este tratamiento normativo diferenciado, que se observa en otros sistemas jurídicos continentales, es una de las causa del distingo obras-servicios desde el ángulo obligaciones de resultado y obligaciones de medios⁴¹⁵. El origen histórico se remonta al Derecho Romano y su posterior recepción en el Derecho Común, que explica la separación presente en la mayoría de los códigos continentales de la locación de

⁴¹⁴DE BARRÓN ARNICHES, P. (2011), *El contrato de servicios en el nuevo Derecho contractual europeo*, Editorial Reus, Madrid, p. 16.

⁴¹⁵ DE BARRÓN ARNICHES, P. (2011), *El contrato de servicios...*, ob. cit., pp. 29 y ss.

servicio (*locatio-conductio-operarum*) y la locación de obras (*locatio-conductio-operis*)⁴¹⁶.

Se observa en el ordenamiento español una profunda «*administrativización*» del contrato de obra en el que el legislador ha ido excluyendo la actividad de la edificación del derecho privado⁴¹⁷. Según DE BARRÓN ARNICHES, este intervencionismo de la edificación se fundamenta en la importancia del derecho constitucional a la vivienda⁴¹⁸, la extensión cada vez mayor del concepto de vivienda protegida, y las exigencias de seguridad y funcionalidad de los edificios⁴¹⁹. En el ámbito del Derecho Privado, los tribunales españoles aplican para determinar la responsabilidad civil de los constructores los arts. 8 a 13 y 17 a 19 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación. Esta ley constituye una norma de contenido civil basada en la doctrina jurisprudencial.

En contraposición a la regulación del contrato de obra en el ordenamiento español, el Marco Común de Referencia lo sitúa en la categoría única de los servicios y contempla un objeto contractual mucho más amplio. La amplitud del objeto contractual abarca la elaboración de un bien nuevo o la rehabilitación o transformación de un bien existente. Asimismo, el servicio de construcción puede realizarse sobre bienes inmuebles, muebles o bienes incorpóreos. Esta expansión de fronteras del objeto contractual desemboca en la existencia de multitud de contratos mixtos⁴²⁰. Los contratos mixtos de prestación de servicios de construcción y compraventa son realizados de forma muy recurrente por las promotoras. Otro contrato mixto muy frecuente es aquel

⁴¹⁶ VILLANUEVA LUPION, C. (2009), *El servicio como objeto de tráfico jurídico*, Editorial La Ley, Madrid, p. 86.

⁴¹⁷ Entre otras, resultan de aplicación las siguientes normas estatales: Código Técnico de la Construcción aprobado mediante RD 314/2006 de 17 de marzo y modificado por el RD 1371/2007 de 19 de octubre.

⁴¹⁸ Derecho a la vivienda regulado en el artículo 47 de la Constitución española, que recoge que: «Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación».

⁴¹⁹ DE BARRÓN ARNICHES, P. (2017), *Las obligaciones de hacer en el Derecho Privado Europeo. Contratos de obra y de servicios*, Biblioteca de Derecho Europeo, Ediciones Olejnik, Santiago-Chile, p. 115.

⁴²⁰ La definición del contrato mixto se plasma en el art. II 1:107 DCFR:

- (1) A efectos del presente artículo el contrato mixto es aquel que contiene:
 - (a) Partes que se enmarcan en dos o más categorías de contratos regulados específicamente en estas normas; o
 - (b) una parte que se enmarca en una de estas categorías y otra que se enmarca dentro de la categoría de contratos que se rigen únicamente por las normas generales.

en el que el arquitecto realiza el diseño del proyecto de edificación de un inmueble y posterior ejecución de la obra mediante la dirección de la misma.

4.1. LOS CONTRATOS MIXTOS EN EL MARCO COMÚN DE REFERENCIA Y EN LA NUEVA LEY 9/2017 DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO Y SUS DIVERGENCIAS

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público presenta novedades muy significativas, entre las que constituye una de las novedades más relevantes el nuevo contrato de concesión de servicios, que sustituye al anterior contrato de gestión de servicio público. Otra de las novedades es la eliminación del Contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, entre otras muchas novedades.

En los contratos mixtos surge una cuestión muy interesante consistente en determinar qué regulación se aplica en función de cuál sea la naturaleza contractual que prevalece sobre las demás. Las Instituciones Europeas también se han pronunciado sobre la regulación aplicable a los contratos mixtos. La Comunicación interpretativa de la Comisión Europea sobre las concesiones en el Derecho comunitario de 12 de abril de 2000 (2000/C121/02), afirma que «en caso de adjudicación de una concesión de obras, es útil determinar cuáles son los supuestos para que se trate de una concesión de ese tipo, sobre todo en casos de contrato mixto que incluye también un aspecto de prestación de servicios. Además, en la práctica, es casi siempre esto lo que ocurre, ya que el concesionario de obras públicas presta muchas veces un servicio al usuario sobre la base de la obra que ha realizado». Lo relevante será, como afirmó el TJCE en su Sentencia de 19 de abril de 1994, en el caso de Gestión Hotelera Internacional, que «cuando las obras [...] sólo tienen un carácter accesorio en relación con el objeto principal de la licitación, la totalidad de esta licitación no puede calificarse de contrato público de obras [...]».

Con la finalidad de profundizar sobre esta cuestión se ha realizado un análisis comparativo de la regulación aplicable al contrato de obras en el Marco Común de Referencia y en la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público.

4.1.1. Los Contratos mixtos en el Marco Común de Referencia

En el Marco Común de Referencia (DCFR) la regla general establecida en el art. II.-1:108 párrafo 2º (Contratos mixtos)⁴²¹ es que las reglas aplicables a cada categoría relevante se aplican, con las adaptaciones apropiadas, a la parte correspondiente del contrato mixto y los derechos y obligaciones que surgen de ella. Por ejemplo, si un contrato prevé la venta de maquinaria y un servicio de mantenimiento posventa durante varios años, la parte de venta se regirá por las reglas de la compraventa del Libro IV y la parte de mantenimiento se regirá por las reglas de la parte de los Servicios del Libro IV. Sin embargo, la realidad contractual ha demostrado que es más conveniente considerar la mayoría de dichos contratos como contratos de venta, particularmente en el caso de un pedido de producción y venta de artículos estándar producidos de forma masiva en los que el cliente no tiene participación en el proceso de fabricación. Estos contratos son funcionalmente iguales a los contratos de venta ordinarios, excepto porque los bienes aún no se han realizado. Como consecuencia, el DCFR contiene una regla especial⁴²² en el art. II.-1:108 párrafo 3º (contratos mixtos) para los casos en los que como en el mencionado caso «una norma establece que un contrato mixto ha de considerarse como perteneciente principalmente dentro de una categoría». En tal caso, las reglas aplicables a la categoría primaria se aplican a todo el contrato y a los derechos y obligaciones que se derivan del mismo⁴²³.

El DCFR establece pues, como regla general, que en los contratos mixtos cada regulación por tipo contractual se aplique a cada categoría contractual (denominada por el DCFR «parte») del contrato mixto y a los derechos y obligaciones de cada categoría del contrato, con las adaptaciones necesarias, y siempre que no resulte contrario a la

⁴²¹ Art. II 1:108 DCFR. Párrafo (2): Contratos Mixtos. Cuando un contrato sea un contrato mixto entonces, salvo que sea contrario a la naturaleza y el propósito del contrato, las reglas aplicables a cada categoría relevante se aplicarán, con las adaptaciones apropiadas, a la parte correspondiente del contrato y los derechos y obligaciones que surgen de ella.

⁴²² Art. II 1:108 DCFR. Párrafo (3): Contratos Mixtos. El Párrafo (2) no se aplica cuando:

(a) una norma establece que un contrato mixto debe considerarse como perteneciente principalmente a una categoría; o

(b) en los casos no cubiertos por el mencionado sub-párrafo anterior, una parte de un contrato es, de hecho, tan predominante que no sería razonable no considerar el contrato como perteneciente principalmente dentro de una categoría.

⁴²³ *Study Group on a European Civil Code and the Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group). Articles and Comments to Draft Common Frame of Reference (DCFR).*

naturaleza y finalidad del contrato. Como regla especial, se aplicará a todo el contrato la regulación del tipo contractual predominante cuando una norma lo establezca, o no siendo así, sea lo más razonable habida cuenta de que uno de los tipos contractuales es claramente predominante en el contrato.

En determinados contratos se produce una confluencia de modalidades tipificadas, *verbi gratia*, en los contratos de servicios de rehabilitación de bienes inmuebles, que pueden calificarse como *construction*, regulados en el capítulo 3 del Libro IV.C DCFR, o *processing*, capítulo 4 del Libro IV.C DCFR. Las normas generales de los contratos mixtos establecen que solo podrá aplicarse el capítulo 3 del Libro IV.C DCFR a la parte del contrato cuyo objeto sea la construcción del bien. En los contratos mixtos de construcción y compraventa el art. IV.A 1:102 DCFR señala que ha de entenderse que el contrato es de compraventa⁴²⁴. El Marco Común de Referencia realiza por tanto una categórica determinación de la naturaleza del contrato como contrato de compraventa en estos contratos mixtos. Esta determinación resulta congruente con la regla especial del art. II.-1:108 párrafo 3º al entender que el tipo contractual de la compraventa es el predominante en el contrato, y por consiguiente se le aplicará a todo el contrato el régimen jurídico de la compraventa.

4.1.2. Los Contratos mixtos en la nueva Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público y sus divergencias con el Marco Común de Referencia

En la actualidad, el panorama legislativo se encuentra claramente marcado por la «Estrategia Europa 2020», en la cual, la contratación pública desempeña un papel clave, al configurarse como uno de los instrumentos basados en el mercado interior que deben ser utilizados para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso con mayor racionalidad económica de los fondos públicos⁴²⁵. Con este fin, aparecen las tres nuevas Directivas comunitarias: la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública; la Directiva 2014/25/UE, relativa a la

⁴²⁴ Art. IV.A 1:102 DCFR: Bienes que son elaborados o producidos. Un contrato en el que una de las partes se compromete a cambio de un precio, a producir un bien para la otra parte y a entregárselo después debe ser considerado fundamentalmente como un contrato de compraventa de bienes.

⁴²⁵ Preámbulo de la nueva Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y la más novedosa, ya que carece de precedente en la normativa comunitaria, como es la Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

En este epígrafe conviene realizar un análisis comparativo de la regulación de los contratos mixtos en el DCFR y en el Derecho Administrativo del ordenamiento español, por cuanto la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. La transposición del Derecho comunitario constituye el punto de partida de la nueva Ley que, sin embargo, no se limita a ello, sino que trata de diseñar un sistema de contratación pública más eficiente, transparente e íntegro, mediante el que se consiga un mejor cumplimiento de los objetivos públicos, tanto a través de la satisfacción de las necesidades de los órganos de contratación, como mediante una mejora de las condiciones de acceso y participación en las licitaciones públicas de los operadores económicos y, por supuesto, a través de la prestación de mejores servicios a los usuarios.

En los contratos mixtos la Ley de Contratos del Sector Público establece en la mayoría de los supuestos que se atenderá al carácter de la prestación principal para la determinación de su naturaleza predominante y el régimen jurídico aplicable. El artículo 18 LCSP fija una serie de reglas para la determinación de las normas que regirán la adjudicación de los contratos mixtos. Este artículo establece reglas para dos tipos de supuestos:

- 1) Contratos mixtos cuyo objeto contenga prestaciones de varios contratos regulados en la Ley.
- 2) Contratos mixtos que combinan prestaciones de contratos regulados en la Ley con prestaciones de otros contratos distintos de los regulados en la misma.

Las reglas que establece el art. 18 LCSP, distinguiendo los dos tipos de supuestos, son las siguientes:

1. Para la determinación de las normas que regirán la adjudicación de los contratos mixtos cuyo objeto contenga prestaciones de varios contratos regulados en la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, se estará a las siguientes reglas:

- a) Cuando un contrato mixto comprenda prestaciones propias de dos o más contratos de obras, suministros o servicios se atenderá al carácter de la prestación principal.

En el caso de los contratos mixtos que comprendan en parte servicios especiales del anexo IV, y en parte otros servicios, o en el caso de los contratos mixtos compuestos en parte por servicios y en parte por suministros, el objeto principal se determinará en función de cuál sea el mayor de los valores estimados de los respectivos servicios o suministros.

- b) Cuando el contrato mixto contenga prestaciones de los contratos de obras, suministros o servicios, por una parte, y contratos de concesiones de obra o concesiones de servicios, de otra, se actuará del siguiente modo:

1.º Si las distintas prestaciones no son separables se atenderá al carácter de la prestación principal.

2.º Si las distintas prestaciones son separables y se decide adjudicar un contrato único, se aplicarán las normas relativas a los contratos de obras, suministros o servicios cuando el valor estimado de las prestaciones correspondientes a estos contratos supere las cuantías establecidas en los artículos 20, 21 y 22 de la presente Ley⁴²⁶, respectivamente. En otro caso, se

⁴²⁶ Art. 20 LCSP. Contratos de obras, de concesión de obras y de concesión de servicios sujetos a una regulación armonizada: Umbral

1. Están sujetos a regulación armonizada los contratos de obras, de concesión de obras y de concesión de servicios cuyo valor estimado sea igual o superior a 5.350.000 euros.

Art. 21 LCSP. Contratos de suministro sujetos a una regulación armonizada: Umbral

1. Están sujetos a regulación armonizada los contratos de suministro cuyo valor estimado sea igual o superior a las siguientes cantidades:

- a) 139.000 euros, cuando se trate de contratos adjudicados por la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos, o las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social.
- b) 214.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro distintos, por razón del sujeto contratante o por razón de su objeto, de los contemplados en la letra anterior.

aplicarán las normas relativas a los contratos de concesión de obras y concesión de servicios.

2. Cuando el contrato mixto contemple prestaciones de contratos regulados en la Ley 9/2017 con prestaciones de otros contratos distintos de los regulados en la misma, para determinar las normas aplicables a su adjudicación se atenderá a las siguientes reglas:

- a) Si las distintas prestaciones no son separables se atenderá al carácter de la prestación principal.
- b) Si las prestaciones son separables y se decide celebrar un único contrato, se aplicará lo dispuesto en la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público.

3. No obstante lo establecido en el apartado 1, en los casos en que un elemento del contrato mixto sea una obra y ésta supere los 50.000 euros, deberá elaborarse un proyecto y tramitarse de conformidad con los artículos 231 y siguientes de la mencionada Ley.

En el supuesto de que el contrato mixto contenga elementos de una concesión de obras o de una concesión de servicios, deberá acompañarse del correspondiente estudio de viabilidad y, en su caso, del anteproyecto de construcción y explotación de las obras previstos en los arts. 247, 248 y 285 de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público.

Artículo 22 LCSP. Contratos de servicios sujetos a una regulación armonizada: umbral

1. Están sujetos a regulación armonizada los contratos de servicios cuyo valor estimado sea igual o superior a las siguientes cantidades:

- a) 139.000 euros, cuando los contratos hayan de ser adjudicados por la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos, o las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social.
- b) 214.000 euros, cuando los contratos hayan de adjudicarse por entidades del sector público distintas a la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos o las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social.
- c) 750.000 euros, cuando se trate de contratos que tengan por objeto los servicios sociales y otros servicios específicos enumerados en el anexo IV.

(Cifras actualizadas por el artículo único 1. b) y c) de la Orden HAC/1272/2019, de 16 de diciembre, por la que se publican los límites de los distintos tipos de contratos a efectos de la contratación del sector público a partir del 1 de enero de 2020 («B.O.E.» 31 diciembre). Vigencia: 1 enero 2020).

Resulta clarificador si se realiza el siguiente resumen de la regulación contenida en el LCSP sobre los contratos mixtos:

1. Prestaciones de varios contratos regulados en la LCSP:

- a) Prestaciones de 2 o más contratos de obras, suministros o servicios: carácter de la prestación principal.
- b) Prestaciones de los contratos de obras, suministros o servicios y prestaciones de los contratos de concesiones de obra o concesiones de servicios:

1.º *Si las prestaciones no son separables:* se atenderá al carácter de la prestación principal.

2.º *Si las prestaciones son separables y se decide adjudicar un contrato único:* normas de los contratos de obras, suministros o servicios cuando el valor estimado de las prestaciones de estos contratos supere las cuantías de los arts. 20, 21 y 22 LCSP. En otro caso, se aplicarán las normas relativas a los contratos de concesión de obras y concesión de servicios.

2. Prestaciones de varios contratos regulados en la LCSP y prestaciones de otros contratos distintos de los regulados en la misma:

1.º *Si las prestaciones no son separables:* se atenderá al carácter de la prestación principal.

2.º *Si las prestaciones son separables y se decide celebrar un único contrato:* se aplicará lo dispuesto en la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público.

Los regímenes jurídicos aplicados a los contratos mixtos por el DCFR y la LCSP son divergentes. Por una parte, en el ámbito europeo el DCFR establece como norma general que se aplique cada regulación por tipo contractual a la parte correspondiente de cada categoría contractual, y como norma especial, la aplicación a todo el contrato de la regulación del tipo contractual predominante cuando una norma lo establezca o sea lo más razonable al ser ese objeto contractual claramente predominante en el contrato.

Por su parte, la LCSP establece que en los contratos con prestaciones del contrato de obras, suministros o servicios se atenderá al carácter de la prestación principal para

determinar el tipo contractual predominante. Por tanto, no se aplica la regla general del DCFR sino la regla especial. Se aplicará a todo el contrato el régimen jurídico de la prestación principal.

Hay un contrato mixto que resulta especialmente interesante, en los contratos mixtos de obras y compraventa el DCFR establece de forma predeterminada que se deben entender como un contrato de compraventa de bienes. La LCSP regula en el Título II los distintos tipos de contratos de las Administraciones Públicas, dedicando el Capítulo II al contrato de obras y el Capítulo IV al contrato de suministros. El contrato de suministros⁴²⁷, definido por el art. 16 de la LCSP, es el tipo contractual más asimilable al contrato de compraventa del derecho privado, aunque existan diferencias significativas consecuencia de que los contratos públicos están motivados por el interés público que difiere con el ánimo de lucro consustancial al carácter mercantil del contrato de compraventa. Dentro del contrato de suministros existen varios tipos contractuales en función del objeto contractual, entre los que se encuentran el contrato de arrendamiento y el contrato de fabricación.

El art. 299 LCSP establece el régimen jurídico de los contratos de fabricación. De conformidad con este artículo, de contenido equivalente al anterior art. 291 TRLCSP, a los contratos de fabricación se les aplicarán directamente las normas generales y

⁴²⁷ Art. 16 LCSP Contrato de suministro:

1. Son contratos de suministro los que tienen por objeto la adquisición, el arrendamiento financiero, o el arrendamiento, con o sin opción de compra, de productos o bienes muebles.
2. Sin perjuicio de lo dispuesto en la letra b) del apartado 3 de este artículo respecto de los contratos que tengan por objeto programas de ordenador, no tendrán la consideración de contrato de suministro los contratos relativos a propiedades incorpóreas o valores negociables.
3. En todo caso, se considerarán contratos de suministro los siguientes:
 - a) Aquellos en los que el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato, por estar subordinadas las entregas a las necesidades del adquirente.
 - b) Los que tengan por objeto la adquisición y el arrendamiento de equipos y sistemas de telecomunicaciones o para el tratamiento de la información, sus dispositivos y programas, y la cesión del derecho de uso de estos últimos, en cualquiera de sus modalidades de puesta a disposición, a excepción de los contratos de adquisición de programas de ordenador desarrollados a medida, que se considerarán contratos de servicios.
 - c) Los de fabricación, por los que la cosa o cosas que hayan de ser entregadas por el empresario deban ser elaboradas con arreglo a características peculiares fijadas previamente por la entidad contratante, aun cuando esta se obligue a aportar, total o parcialmente, los materiales precisos.
 - d) Los que tengan por objeto la adquisición de energía primaria o energía transformada.

especiales del contrato de obras que el órgano de contratación determine en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares, salvo las relativas a su publicidad y procedimiento de adjudicación que se acomodarán, en todo caso, al contrato de suministro. Si establecemos un paralelismo de contraste con el DCFR, ante un contrato mixto de obras y fabricación (el más equiparable al contrato de compraventa dentro de la evidente equidistancia) se le aplicarán las normas generales y especiales del contrato de obras. El razonamiento que subyace es que al contrato de suministros se le aplica el régimen del contrato de obras y según el art. 18 LCSP en los contratos mixtos con prestaciones del contrato de obras y suministros se atenderá al carácter de la prestación principal para determinar el régimen jurídico de aplicación a todo el contrato, tanto si la prestación principal es la obra como el suministro se aplicarán las normas generales y especiales del contrato de obra de la LCSP. La única diferencia sería que en la publicidad y procedimiento de adjudicación se aplicarían las normas del contrato de suministros si se concluyera que la prestación principal es la del contrato de suministro.

Por tanto, del paralelismo de contraste se concluye que en los contratos mixtos de obras y compraventa el DCFR establece una predeterminación del régimen jurídico aplicable del contrato de compraventa y, por el contrario, la LCSP predetermina que en un contrato de obras y suministros se aplica el régimen del contrato de obras.

En los contratos mixtos en los que existen prestaciones típicas de varios contratos, a diferencia del DCFR, la LCSP no dispone que se aplique la normativa de cada tipo contractual a cada parte del contrato, sino que dependerá en cada contrato de la interpretación de cuál es la «prestación principal». Esta distinción resulta relevante por cuanto, a mi entender, el DCFR es menos preciso, lo que podría ser positivo habida cuenta de la diversidad de los ordenamientos jurídicos europeos y la necesaria armonización, pero esta regla podría conllevar una posible falta de adecuación a la compleja realidad contractual. No obstante, cada regulación en su ámbito de aplicación, europeo y nacional, respectivamente, civil y administrativo, se adecuan a la finalidad que persiguen: la positiva armonización europea del DCFR y la exhaustividad, concreción y adecuación al tipo contractual de la LCSP.

Se requiere también analizar la regulación de la LCSP de los contratos mixtos con prestaciones de los contratos de obras, suministros o servicios y prestaciones de los

contratos de concesiones de obra o concesiones de servicios. En los mismos la LCSP introduce una nueva variable, la separabilidad o no de las prestaciones integrantes del contrato, se sigue el criterio de la prestación principal si las prestaciones son no separables, pero si se trata de prestaciones separables y se decide celebrar un único contrato, la ley es rigurosa al determinar que se aplicarán las normas relativas a los contratos de obras, suministros o servicios si superan las cuantías de los arts. 20, 21 y 22 LCSP, es decir, si se trata de contratos sujetos a regulación armonizada (Contratos S.A.R.A). La LCSP establece una sistematización muy pertinente y positiva para la contratación al establecer una cuantificación para determinar el régimen jurídico aplicable.

Consideremos, *verbi gratia*, un contrato mixto con prestaciones propias del contrato de obra, como la ejecución de la edificación de un inmueble, y del contrato de concesión de servicios, como la posterior explotación de las instalaciones para prestación de un servicio público. Si las prestaciones son no separables, se aplicará el régimen jurídico de la prestación principal, y si siendo prestaciones separables se decide realizar un único contrato y las prestaciones del contrato de obra superan los 5.350.000 euros, se aplicará a todo el contrato (prestaciones obras y concesión del servicio) las normas del contrato de obra. Si no superase esa cuantía serían de aplicación las normas del contrato de concesión de servicios. Resulta especialmente relevante que la propia LCSP en el caso de prestaciones separables cuantifique los umbrales para la determinación del régimen jurídico de aplicación obligatoria. El establecimiento de umbrales como criterio en la determinación del régimen jurídico aplicable al contrato aporta seguridad jurídica, precisión y rigor. La transposición de las Directivas comunitarias ha supuesto en el ámbito europeo un trascendental avance en la armonización de la contratación europea. Entre las grandes contribuciones se encuentran el desarrollo del sujeto contractual poder adjudicador⁴²⁸ y el tipo contractual

⁴²⁸ Art. 3 LCSP. Ámbito subjetivo

3. Se considerarán poderes adjudicadores, a efectos de esta Ley, las siguientes entidades:

- a) Las Administraciones Públicas.
- b) Las fundaciones públicas.
- c) Las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social.
- d) Todas las demás entidades con personalidad jurídica propia distintas de las expresadas en las letras anteriores que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3, bien financien mayoritariamente su

de Contrato sujeto a regulación armonizada, que cuando supere los umbrales de los arts. 20, 21 y 22 LCSP de cada modalidad contractual tienen un régimen jurídico armonizado para todos los países de la Unión Europea. Este régimen jurídico incluye entre sus requerimientos la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea para asegurar que la licitación queda abierta a la participación de todos los Estados Miembros de la Unión Europea de modo tal que se salvaguarde la libre competencia. Esta armonización constituye un auténtico Derecho Contractual Europeo en el Sector Público.

4.2. LA MODERNIZACIÓN DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA EN EL DERECHO COMPARADO

La distribución de los riesgos *inter partes* en los contratos internacionales resulta una materia de investigación compleja a la par que tremendamente interesante. Cada tipología contractual dispone de sus riesgos inherentes y su reparto diverge ampliamente entre los distintos contratos. En el análisis del ámbito internacional, partimos de las diferencias del contrato de obra pública en Francia y Reino Unido, con respecto a España. Para posteriormente analizar los riesgos en diversos contratos de derecho privado, como el contrato de servicios aéreos de *handling* y la mención a la *Teoría de riesgos Knock for knock* en el contrato de obras en el mar.

A nivel comparativo, en el ámbito internacional, se están produciendo avances interesantes en materia de contratación pública en el sector de la construcción. En Francia, el Ministerio de Fomento Francés (*Ministère de L'équipement, des Transport et du Logement*) está inmerso desde hace muchos años en un Plan de modernización de la ingeniería y arquitectura pública, cuya misión y objetivos se plasmaron en un documento (*Ministère de L'équipement, des Transport et du Logement, 1999*). Éste constituye un resumen de la planificación estratégica del Ministerio que incluye un análisis DAFO (Debilidades, Amenazas, Fortalezas y Oportunidades) y que define los retos a los que se enfrenta el Ministerio francés y medidas en respuesta a los mismos. Entre otros aspectos, destaca: la necesaria coordinación con otras administraciones,

actividad; bien controlen su gestión; o bien nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

e) Las asociaciones constituidas por las entidades mencionadas en las letras anteriores.

cuidado de los aspectos sociales, riesgos jurídicos ante la creciente complejidad por la cantidad de partes interesadas en los proyectos, enfoque global y sostenible en la concepción y dirección de proyectos, gestión del conocimiento (mediante la creación de una base de datos de experiencias, conocimiento y procedimientos del Ministerio y el desarrollo de guías para técnicos públicos y privados), equipo de proyecto y colaboración con el sector privado⁴²⁹. Entre las diferencias positivas del sistema de contratación en el sector de la construcción en Francia⁴³⁰, en comparación con España, destacan:

- La metodología de dirección de proyectos (*management de projet*).
- La existencia de las figuras de gerente del proyecto por parte de la propiedad (*maître d'ouvrage*), el director del proyecto (*directeur de Project o conducteur d'opération*) y los *chef de projet* o asistentes al director para cada fase del proyecto.
- La existencia de la Ley MOP⁴³¹(que define la figura del *maître d'ouvrage* o gerente de proyecto como cargo público responsable por parte de la Administración, sus obligaciones, autoridad y responsabilidad).
- El proyecto técnico de los proyectos de edificación consta de cinco proyectos sucesivos (desde el proyecto preliminar hasta el proyecto constructivo).
- En el contrato de responsabilidad única de ingeniería y obra, el proyecto de detalle lo realiza el contratista, tanto cuando hay un único contratista como cuando se divide la obra en paquetes (similar al sistema anglo-sajón de contratación de «desarrollo y ejecución»), esto que no existe en España, elimina una serie de riesgos que provocan retrasos y sobrecostos importantes.
- La posibilidad de contratar la obra por lotes es total en Francia, mientras que en España solo se pueden hacer lotes que constituyan unidades funcionales por sí mismas.
- El sistema francés de pagos es más rápido que el español, está especialmente bien concebido el sistema de pagos a subcontratistas, que pueden cobrar

⁴²⁹ DEL CAÑO GOCHI, A. DE LA CRUZ LÓPEZ, M. P., DE LA CRUZ LÓPEZ E. M. (2008), *Contratación Pública en la construcción. España, Francia, Estados Unidos, Reino Unido y Japón. Análisis comparativo*, CIE Dossat, Madrid, pp. 321-323.

⁴³⁰ DEL CAÑO GOCHI, A., DE LA CRUZ LÓPEZ, M. P., DE LA CRUZ LÓPEZ E. M. (2008), *Contratación Pública en la construcción. España, Francia, Estados Unidos, Reino Unido y Japón...*, ob. cit., pp. 325-327.

⁴³¹ Ley MOP (*République Française*, 1985).

directamente de la administración. Es mejor también que el sistema inglés «*pay when paid*».

- La posibilidad de introducción de incentivos ligados a plazos de ejecución, mejor calidad de las prestaciones o reducción de costes de producción. Los clausulados contractuales no sólo contemplan penalizaciones, sino también premios.
- La remuneración final del proyecto no solo está sometida a penalizaciones sino también a primas por incentivos.
- Importancia, en materia de selección de contratistas, del criterio relativo al coste del ciclo de vida.
- La existencia de «chats» y foros de discusión para el intercambio de conocimientos y experiencias en esta materia entre los funcionarios.

En cuanto a la modernización del contrato de obra público y su gestión en el sector de la construcción, en el Reino Unido se han desarrollado informes de gran interés, el Informe *Rethinking Construction*⁴³² (conocido como Informe Egan) considera que seleccionar a un nuevo equipo para cada proyecto o contrato impide el aprendizaje, la innovación y el desarrollo de equipos con conocimiento y experiencia. Este informe afirma que el sector de la construcción debe reemplazar la contratación en función del precio, por el uso de equipos integrados en relaciones a largo plazo basadas en medición de resultados y en la mejora en calidad y eficacia. Esta forma puede plantear problemas cuando se aplica a clientes públicos, como la vulneración al principio de libre concurrencia de los licitadores de la normativa europea. «Sin embargo, la *National Audit Office (NAO)* británica concluyó recientemente que sería adecuado para su implementación en la contratación pública siempre que se haga de una manera abierta, transparente, en concurrencia, y con una medición o control adecuados que aseguren que realmente utilizando este método de contratación se va a obtener una mayor ventaja económica (*best value*), una mejor relación precio-calidad que con otro sistema diferente»⁴³³.

⁴³² Informe publicado el 16 de julio de 1998, encargado por el ministro británico y redactado por el comité denominado *Sir John Egan's Construction Task Force*.

⁴³³ DEL CAÑO GOCHI, A., DE LA CRUZ LÓPEZ, M. P., DE LA CRUZ LÓPEZ E. M. (2008), *Contratación Pública en la construcción. España, Francia, Estados Unidos, Reino Unido y Japón...*, ob. cit., pp. 505-508.

Por su parte, la *Office of Government Commerce* (2005) británica recomienda la utilización de este tipo de equipos mediante la adopción de tres modalidades de contratación:

- 1) La iniciativa de financiación privada (*Private Finance Initiative*) mediante concesiones y empresas mixtas.
- 2) La novedosa modalidad «*prime contracting*», en la que un contratista único adquiere la responsabilidad de gestionar todos los aspectos relacionados con el proyecto de una nueva infraestructura a lo largo de su ciclo de vida: diseño, construcción, operación, mantenimiento y posibles remodelaciones o reacondicionamientos, pero la propiedad es retenida en todo momento por la Administración, a diferencia de la estrategia de financiación privada.
- 3) La modalidad de responsabilidad única de diseño y construcción (proyecto y obra o llave en mano).

Desde el 1 de junio de 2000 todas las entidades de la Administración central británica recibieron la recomendación de limitar sus estrategias de contratación a dichas tres modalidades mencionadas para los proyectos de nueva factura y desde el 1 de junio de 2002 también se recomendó su utilización a todos los contratos de rehabilitación y mantenimiento.

Ante la preocupación del sector británico de la construcción sobre la adecuada implementación de los principios del Informe *Rethinking Construction*, el *Strategic Forum for Construction*, forum que fue constituido en junio de 2001, presidido por Sir John Egan, elaboró el Informe *Accelerating Change*⁴³⁴ (Acelerando el cambio, en adelante AC). Entre las diversas recomendaciones del Informe AC se encuentran cinco de especial significación:

- 1) En relación a la seguridad y salud, considerar «publicar detalle de todas las empresas, incluyendo sus clientes, asociadas con obras en las cuales hayan ocurrido accidentes fatales». Esta recomendación es clave, la publicación de los accidentes supondrá la posibilidad de analizar los riesgos,

⁴³⁴ Informe elaborado por Sir John Egan en 2002.

los fallos en su gestión y elaborar estrategias para su prevención en futuras obras.

2) Tener en cuenta los criterios de sostenibilidad en la contratación, diseño y construcción de nuevas instalaciones.

3) Mejora de los estándares y normativa de diseño y la implantación de una herramienta de evaluación basada en Indicadores de calidad en el diseño (*Design Quality Indicators, DQIs*).

4) Adopción generalizada de las herramientas electrónicas de gestión *e-business* y el uso de avanzadas herramientas como el prototipo virtual.

5) Inversión en programas de investigación y desarrollo⁴³⁵.

Mediante esta tendencia denominada *New Public Management*, el Reino Unido ha desarrollado estrategias de mejora de la contratación pública y privada de gran interés, impulsados por los movimientos de modernización como consecuencia de los Informes Latham y Egan y otros posteriores. Los pioneros del *New Public Management* fueron Reino Unido y Nueva Zelanda, seguida al mayor nivel también por Australia, Estados Unido, Canadá y Holanda, y a menor nivel, Alemania y Suiza. Ha habido intentos en España y Francia, pero sin éxitos relevantes en su implementación. En España se han incorporado dos conceptos a la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público procedentes del Reino Unido el concepto de ciclo de vida del producto y la selección de la oferta económicamente más ventajosa (art. 1 Ley 9/2017, sustituyendo al criterio precio como criterio de adjudicación predominante de la legislación anterior). Entre los cambios del *New Public Management* las administraciones británicas han disminuido el peso del precio en la contratación, están implementando la utilización del coste y calidad durante el ciclo de vida del producto y le dan a la formación un papel fundamental en la Administración británica. Además de utilizar estándares y códigos de buenas prácticas en la dirección de proyectos, en muchas instituciones se desarrollan procesos formales de gestión del riesgo en el proyecto, para riesgos diferentes de los riesgos medioambientales, de seguridad y salud como riesgos de retrasos, riesgos de

⁴³⁵ DEL CAÑO GOCHI, A., DE LA CRUZ LÓPEZ, M. P., DE LA CRUZ LÓPEZ E. M. (2008), *Contratación Pública en la construcción. España, Francia, Estados Unidos, Reino Unido y Japón...*, ob. cit., p. 514.

sobrecostes, riesgos de insuficiente calidad, riesgos de funcionalidad o rentabilidad social, entre otros⁴³⁶.

La contratación pública en Japón, interesante dado el tamaño de su mercado y las capacidades tecnológicas de sus empresas, muestra que su sistema basado en la selección de contratistas más por criterios técnicos que por precio, ha conseguido que los contratistas japoneses sean los mayores inversores mundiales en I+D de procesos de ejecución y los líderes en procesos novedosos de automatización y robotización. La utilización de criterios de selección de contratistas basados en criterios técnicos contribuye al desarrollo tecnológico del sector de la construcción. De tal modo, que es recomendable que España incluya criterios técnicos de inversión en I+D+I, cada vez en mayor grado, entre los criterios de adjudicación de los contratos⁴³⁷.

Póngase ahora el enfoque en los contratos de servicios, cuya comparativa con el contrato de obras se justifica relevante por cuanto el DCFR regula el contrato de obra ubicado en la categorización del contrato de servicios. La distribución de los riesgos en ciertos contratos resulta muy novedosa. Entre los mismos, destacamos el contrato de *handling*. «El contrato de asistencia en tierra o *handling* es el acuerdo en virtud del cual el operador de *handling* presta a la compañía aérea usuaria uno o más servicios para atender las necesidades que ésta experimenta durante la permanencia en tierra de sus aviones»⁴³⁸. En este contrato, según afirma MAPELLI LÓPEZ «el operador de *handling* consigue un mejor aprovechamiento de sus elementos personales y materiales (operarios, escaleras, jardineras, grupos de arranque, etc), mediante su puesta a disposición de los transportistas quienes, necesitando de este servicio como apoyo

⁴³⁶ DEL CAÑO GOCHI, A., DE LA CRUZ LÓPEZ, M. P., DE LA CRUZ LÓPEZ E. M. (2008), *Contratación Pública en la construcción. España, Francia, Estados Unidos, Reino Unido y Japón...*, ob. cit., p. 527.

⁴³⁷ DEL CAÑO GOCHI, A., DE LA CRUZ LÓPEZ, M. P., DE LA CRUZ LÓPEZ, E. M. (2008), *Contratación Pública en la construcción. España, Francia, Estados Unidos, Reino Unido y Japón...*, ob. cit., pp. 559 y 560.

⁴³⁸ MORILLAS JARILLO, M. J. y GONZÁLEZ FORNOS, M. (2014) en YZQUIERDO TOLSADA, M., et al., *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales con sus implicaciones tributarias, Tomo V, Contratos de prestación de servicios y realización de obras (II)*. Editorial Aranzadi. Thomson Reuters, Cizur menor, pp. 43 y ss.

ineludible al transporte aéreo que efectúan, no tienen que satisfacerlo con sus propios medios en todos y cada uno de los aeropuertos en los que operan»⁴³⁹.

El contrato de *handling* es un contrato consensual, de tracto sucesivo, sinalagmático y oneroso. En lo que a su naturaleza jurídica respecta, se trata de un contrato legislativamente atípico, que se ha conceptualizado al contrato de mandato, y también a los contratos de arrendamiento de servicios o arrendamiento de obras. Este contrato se ha denominado contrato combinado por englobar, bajo una sola causa, prestaciones propias de varios contratos típicos: además del contrato de arrendamiento de obras y de servicios, presenta características del contrato de compraventa, suministro, depósito, transporte, comisión, mandato y agencia ⁴⁴⁰. Este contrato se rige por la autonomía de la voluntad, pero aunque presidido por la libertad de pactos, su contenido se encuentra tipificado (hay tipicidad social)⁴⁴¹. Las cláusulas contractuales se redactan siguiendo el *Standard Ground Handling Agreement* (SGHA), el modelo estandarizado de IATA (*International Air Transport Association*), un contrato tipo, tratándose así de un contrato normalizado⁴⁴².

El incumplimiento del contrato de *handling* puede producirse por cualquiera de las partes contractuales como en cualquier contrato, si bien, la particularidad de este contrato radica en que las consecuencias pueden trascender del propio contrato para proyectarse sobre los terceros con los que ha contratado el transporte la compañía aérea destinataria de la asistencia en tierra. Según las juristas MORILLAS JARILLO y GONZÁLEZ FORNOS, la característica más relevante del régimen de responsabilidad por incumplimiento en el contrato-tipo de *handling*, el SGHA, es «la recíproca exoneración de responsabilidad: del agente respecto de la compañía aérea por los daños causados a la aeronave o a otros bienes del transportista aéreo o a sus empleados, o a los pasajeros, el equipaje, la carga o el correo transportados, así como respecto del daño, la muerte, el retraso o las lesiones o pérdidas de terceros causados por la operación de la

⁴³⁹ MAPELLI LÓPEZ, E.: Voz “Handling”, en TAPIA SALINAS, L. y MAPELLI, E. (1991): *Ensayo para un Diccionario de Derecho Aeronáutico*, Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico, del Espacio y de la Aviación Comercial, Madrid, p. 401.

⁴⁴⁰ MORILLAS JARILLO, M. J. y GONZÁLEZ FORNOS, M. (2014) en YZQUIERDO TOLSADA, M., ob. cit., pp. 50 y ss.

⁴⁴¹ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (2007), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Tomo I, 6ª edición, Thomson-Civitas, Madrid, p. 489.

⁴⁴² De este modo lo sostienen la SAP Madrid 30 septiembre 2002 (JUR 2003, 23128); y la SAP Madrid 11 mayo 2004 (AC 2004 ,1583).

aeronave a consecuencia de actos u omisiones de la compañía de *handling*; y de la compañía aérea respecto del agente de *handling* por cualquier responsabilidad en los casos de lesiones o muerte de los empleados de la compañía asistente, así como de sus servidores, agentes o subcontratistas, así como daños y pérdidas de los bienes propiedad de, u operados por, o en nombre de la compañía asistente, y cualquier pérdida o daño consiguiente»⁴⁴³. Este régimen, dado la intensidad del riesgo de cada una de las partes suponía un desequilibrio en la asunción de riesgos *inter partes* que beneficiaba desproporcionadamente al agente de *handling*, posición ostentada en muchas ocasiones por compañías aéreas que prestaban estos servicios.

Este desequilibrio o posición privilegiada del agente de *handling* se fue corrigiendo en las posteriores versiones del SGHA, en consiguiente, la versión de 1998 del SGHA estableció la obligación del agente de *handling* de responder por los daños sufridos por la aeronave causados por el manejo negligente del equipo. Se configuró como una responsabilidad limitada, con umbrales de mínimo y máximo, para reclamaciones cuantificadas entre 3.000 y 1.500.000 dólares. En la redacción de 2004, se eliminó la referencia al negligente manejo del equipo como causa del daño, lo que supuso una ampliación a los supuestos de daños de la manipulación de la carga, y se añadió como nueva limitación que la indemnización no debía superar en ningún caso la franquicia del seguro a todo riesgo del transportista. En el régimen de responsabilidad se establecieron, por tanto, dos límites: los umbrales de reclamación y el nuevo límite sobre nivel de autoaseguramiento del riesgo. Se realizaron importantes modificaciones en la revisión de 2008 dirigidos a incrementar la responsabilidad del agente de *handling*.

Además del contrato de *handling*, en la búsqueda internacional del conocimiento de la asignación o distribución de los riesgos entre las partes del contrato, *Risk allocation*, destaca la «*Teoría knock for knock*», que se está aplicando el enfoque estándar para la asignación de riesgos en contratos de construcción *offshore* (aclarar que este término se refiere a los contratos de construcción en ultramar de plataformas de gas o petróleo sobre el mar) en los contratos internacionales de la industria del gas y del petróleo. En este tipo de contratos los riesgos son elevadísimos y de muy diversa índole, entre los

⁴⁴³ MORILLAS JARILLO, M. J. y GONZÁLEZ FORNOS, M. (2014) en YZQUIERDO TOLSADA, M., ob. cit., p. 68.

que se encuentran posibles riesgos durante la ejecución de la plataforma en alta mar, que contemplan posibles daños materiales y humanos como las pérdidas de las vidas de los trabajadores. Para hacer frente a estos riesgos, se contratan seguros con un coste elevado, y que además para la asignación de los riesgos entre las partes del contrato se idea el *régimen knock for knock*. La característica clave del régimen de riesgo es que (con excepción de las obras permanentes) las partes normalmente acuerdan asumir la responsabilidad por sus propios bienes y personal, así como por sus propias pérdidas consecuentes.

Por lo general, el riesgo de pérdida o daño a las obras permanentes (antes del traspaso) recae en el contratista. Según las Condiciones Estándar de LOGIC para la Industria del petróleo y gas en alta mar del Reino Unido, las condiciones generales de Contratación (Edición 2, Octubre 2004) establecen:

«Sujeto a lo dispuesto en la Cláusula 24.2 [daño por riesgos de guerra; fuerza mayor; acto negligente u omisión por parte de la empresa] ... el Contratista será responsable de la obra desde el inicio hasta la fecha de finalización de la parte pertinente del trabajo... Antes de la fecha de finalización en caso de pérdida o daño a la obra, el Contratista, si así se le instruye, reconstruirá, reparará o reemplazará el mismo...»⁴⁴⁴.

Sin embargo, la responsabilidad del contratista por daños a las obras permanentes a menudo está limitada en el contrato, mediante la utilización de cláusulas de limitación de la responsabilidad, que difieren en su redacción y condiciones⁴⁴⁵.

⁴⁴⁴ ERRINGTON, M. (2013), «Allocation of Risk Issues in Offshore Construction Contracts», Asia Offshore Energy Conference 2013, 24 october 2013. LOGIC's Standard Conditions for the UK Offshore Oil and Gas Industry, General Conditions of Contract (October 2004): «*Subject to the provisions of Clause 24.2 [damage by war risks; force majeure; negligent act or omission by Company Group] ... the Contractor shall be responsible for the Permanent Work from [Commencement] until the Completion Date of the relevant part of the Permanent Work... Before the Completion Date in the event of loss or damage to the relevant part of the Permanent Work, the Contractor shall, if instructed by the Company, reconstruct, repair or replace the same...*».

⁴⁴⁵ A modo de ejemplo, una cláusula de limitación sería la siguiente: «*Neither the cover nor any limits of the cover ... shall be construed as exemptions or limitations of the Contractor's liabilities under the Contract. The Contractor shall ... be liable for the full amount of the loss ... including but not limited to the amount in excess of the Contractor's or Owner's insurance cover and including the amount of any deductible specified in Contractor's or Owner's insurance cover*».

El régimen *Knock for knock*, «régimen golpe por golpe», consiste en un esquema de indemnizaciones mutuas con respecto a otros riesgos: daños a la propiedad (obras no permanentes), lesiones/muerte a los empleados, riesgos de terceros, y las consiguientes pérdidas. El Director y el contratista suelen asumir la responsabilidad por los daños a la propiedad o lesión a su propio personal y por sus propias pérdidas consecuentes independientemente de la culpa, negligencia o incumplimiento del deber. Es un sistema de responsabilidad objetiva.

4.3. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE OBRAS Y LOS RIESGOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

La contratación pública en el exterior en la que las partes contractuales proceden de Estados distintos ha planteado tradicionalmente muchas dudas en cuanto a las normas aplicables. La determinación del régimen normativo aplicable constituye un asunto clave para garantizar la seguridad jurídica, teniendo en cuenta que tradicionalmente ha quedado excluida del ámbito objetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público que en cada momento ha estado vigente. Estos contratos se han regido por normas particulares emanadas de diferentes fuentes, la mayoría de carácter internacional, o han supuesto la aplicación de unas normas mínimas de procedimiento reguladas en las Disposiciones Adicionales de las leyes de contratación pública⁴⁴⁶.

En la determinación del régimen jurídico aplicable a la contratación internacional o en el exterior, es preciso distinguir entre los contratos y negocios jurídicos excluidos⁴⁴⁷ del ámbito de aplicación objetiva de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público (LCSP), de aquellos otros que, entrando dentro del ámbito de aplicación de la LCSP suponen una excepción al régimen general. El contrato de obra forma parte de los contratos incluidos en el ámbito de aplicación de la LCSP por lo que este análisis versará sobre la segunda categoría, los contratos incluidos en la LCSP.

⁴⁴⁶ GONZÁLEZ LAVÍN, A. P. (2019), «La Contratación Pública en el exterior», *Revista de Auditoría Pública, Revista de los Órganos Autonómicos de Control Externo*, junio 2019 nº 73, p. 95.

⁴⁴⁷ Los contratos y negocios excluidos del ámbito de aplicación objetivo de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público se regulan en los artículos 4-11 de la Sección 2ª, Capítulo I del Título Preliminar de la Ley. Los contratos excluidos son principalmente los contratos de Defensa y Seguridad, Convenios y Encomiendas de gestión, contratos de Investigación, Desarrollo e Innovación y contratos financieros, entre otros.

La regulación de los contratos en el extranjero incluidos en el ámbito de aplicación de la LCSP viene recogida en la Disposición Adicional Primera (DA 1ª) de la LCSP, que contiene las normas que se aplicarán a dichos contratos. Estas normas constituyen un régimen especial para cuya aplicación establece los siguientes dos requisitos, que:

- 1) los contratos se formalicen en el extranjero y
- 2) los contratos se ejecuten también en el extranjero.

Conviene clarificar la interpretación del concepto de formalización, que ha experimentado un cambio conceptual como consecuencia de la evolución normativa. La formalización del contrato se establece como requisito debido a que constituye el momento determinante de la perfección del contrato, regulada en el art. 153 LCSP, en contraposición a la adjudicación que era el momento en el que las leyes anteriores⁴⁴⁸ situaban la perfección de los contratos.

El régimen jurídico aplicable a estos contratos, sin perjuicio de tener en cuenta los principios de la LCSP para resolver las dudas y lagunas que, en su aplicación pudieran presentarse, lo constituyen las normas recogidas en la citada DA 1ª. En los que a los principios aplicables se refiere, la vigente Ley no incluye un elenco cerrado, sino que éstos aparecen diseminados tanto en el preámbulo como a lo largo de todo el texto articulado de la Ley⁴⁴⁹. Los principios generales aplicables que recoge la LCSP son, entre otros, los de transparencia, proporcionalidad, integridad, libertad de acceso a las licitaciones, publicidad de los procedimientos, no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores, libre concurrencia, confidencialidad, necesidad, idoneidad y eficiencia en la utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios. Asimismo, en la regulación de estas normas se denota que el legislador es consciente de las dificultades de determinar el régimen jurídico aplicable a estos contratos que se manifiesta en el hecho de que se ha limitado a establecer una serie de reglas generales dotadas de cierta flexibilidad. Estas dificultades se explican por la necesidad de conciliar los preceptos de las distintas

⁴⁴⁸ Art. 53 de la RDL 2/2000 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y art. 54 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones Públicas (LCAP).

⁴⁴⁹ Los principios se encuentran recogidos en el Preámbulo y en los arts. 1, 3, 28, 49, 132, 133, 250 y 321 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP).

legislaciones concurrentes, la legislación española y la legislación del país en el que se formalice y ejecute el contrato.

En materia de competencia para contratar y los requisitos de capacidad y solvencia de las empresas de los Estados miembros de la UE y de los Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (AEEE) estas normas remiten a lo regulado por la propia LCSP con determinadas matizaciones, sin perjuicio de los requisitos de capacidad que puedan exigir las Leyes del Estado en que se celebre el contrato.

El apartado 1 d) de La Disposición Adicional 1ª de la LCSP, en referencia al procedimiento de adjudicación, en lugar de exigir la utilización de los procedimientos ordinarios recogidos en el art. 131 LCSP⁴⁵⁰, con todas las garantías jurídicas, opta por admitir en general la utilización del procedimiento negociado: «sin perjuicio de la aplicación a estos contratos de las prescripciones recogidas en dicha Ley para los contratos menores, el resto podrá adjudicarse por el procedimiento negociado», dejando por tanto a criterio del órgano de contratación la elección del procedimiento aplicable. Conteniendo una cautela, la necesidad de tratar de conseguir, siempre que sea posible, al menos tres ofertas de empresas capaces de cumplir con el objeto del contrato. Resulta cuanto menos cuestionable la idoneidad de la «flexibilidad infinita» que supone la admisión generalizada del procedimiento negociado, que el art. 166 LCSP determina que se utilizarán solo en los supuestos contemplados en los arts. 167 y 168 LCSP. El procedimiento negociado ha sido considerado tradicionalmente un procedimiento excepcional o no ordinario, tanto por las Directivas Comunitarias como por la doctrina de las Juntas Consultivas y de los Tribunales de Recursos Contractuales, solo aplicable en los supuestos tasados en la Ley y sólo en esos, y por la que precisamente por su excepcionalidad su régimen difiere de las reglas de los procedimientos abiertos y restringidos⁴⁵¹.

⁴⁵⁰ Art. 131.2 LCSP: Procedimiento abierto, procedimiento restringido, procedimiento negociado sin publicidad, diálogo competitivo, licitación con negociación, procedimiento de asociación para la innovación.

⁴⁵¹ TERÉ PÉREZ, A. (2019), «Algunos aspectos relevantes de la doctrina sobre contratación pública contenida en los informes de fiscalización de las instituciones de control externo», *Revista de Auditoría Pública, Revista de los Órganos Autonómicos de Control Externo*, junio 2019 nº 73, p. 38.

La DA 1ª de la LCSP cuando admite el procedimiento negociado con carácter general en la contratación pública en el exterior otorga demasiada flexibilidad, que supone ciertamente una vulneración de la seguridad jurídica en la contratación pública, reviste carácter mercantilista y una orientación claramente favorable a una competitividad internacional feroz. Esta filosofía podríamos resumirla en la siguiente sentencia: *«Tengo principios y normativa nacional garantista, pero por “cazar” un contrato en el exterior ofrezco flexibilidad máxima»*. Podría haberse otorgado flexibilidad de otro modo, pero no resulta ético vulnerar la seguridad jurídica con la admisión de la utilización del procedimiento negociado con carácter general, desnaturalizando el uso de este procedimiento excepcional de la contratación pública.

En cuanto a la tramitación del expediente de contratación también se permiten ciertas peculiaridades entre las que se encuentra la facultad de conceder al órgano de contratación sustituir el pliego de cláusulas administrativas particulares por el propio clausulado del contrato, la recomendación de incluir estipulaciones tendentes a preservar los intereses de la Administración ante posibles incumplimientos del contratista o la posibilidad de autorizar las modificaciones del contrato que puedan ser convenientes.

Se flexibilizan también los requisitos formales, en cuanto a la formalización del contrato, el régimen general establece que deberá formalizarse en documento administrativo, constituyendo el mismo título suficiente para acceder a cualquier registro público, pudiéndose solicitar a petición del contratista que se eleve a escritura pública. Sin embargo, el régimen especial aplicable a estos contratos se flexibiliza dado que únicamente se recoge la exigencia de que quede documentado de manera fehaciente. Aunque afortunadamente, manteniendo las obligaciones de remisión de información, tanto al Registro de Contratos del Sector Público, como al Tribunal de Cuentas.

En cuanto al establecimiento de las garantías exigibles para asegurar la ejecución de los contratos en el exterior el apartado f) de la DA 1ª establece nuevamente un sistema flexible, remitiendo con carácter potestativo al régimen general recogido en los arts. 106 y ss. LCSP, pero estableciendo la cautela de excluir la aplicación del mismo, cuando la exigencia de tales garantías no fuera posible o adecuada a las condiciones del Estado en

que se efectúe la contratación. En tal caso, se exigirían las que fueran usuales o estuvieran autorizadas en dicho Estado o las que, en su caso, resultasen conformes con las prácticas comerciales internacionales.

Resulta relevante por su vinculación a los riesgos en la contratación analizar el régimen jurídico aplicable a la revisión de precios. El régimen general de revisión de precios está recogido en el Libro Primero Título III Capítulo II, arts. 103 a 105 LCSP. La LCSP establece en los mencionados artículos que la revisión periódica y predeterminada⁴⁵² sólo podrá llevarse a cabo en los contratos de obra, de suministros de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas, de suministro de energía y en aquellos otros contratos en los que el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años. El apartado 1 i) de la DA 1ª otorga al órgano de contratación la facultad de poder modificar el régimen general, estableciendo en la documentación contractual un régimen de revisión diferente, debiendo tener en cuenta en tal caso la legislación del país en que haya de ejecutarse el contrato, así como sus circunstancias socioeconómicas. Únicamente se establece como cautela que los sistemas de revisión que se establezcan deberán estar basados en parámetros objetivos y, a ser posible públicos o, cuando menos, fácilmente medibles, pudiendo utilizarse a estos efectos los calculados por Organismos Internacionales.

Ante la celebración de un contrato público en el exterior, resulta muy relevante conocer cuál es el Foro Judicial de resolución de controversias, qué jurisdicción es la aplicable para resolver los conflictos que pudieran surgir a lo largo del ciclo de vida del contrato internacional. El art. 140.1 f) LCSP establece con carácter general, que las proposiciones y las solicitudes de participación que presenten las empresas extranjeras en los casos en que el contrato vaya a ejecutarse en España, deberán ir acompañadas de una declaración de someterse a la jurisdicción de los juzgados y tribunales españoles de cualquier orden, para todas las incidencias que de modo directo o indirecto pudieran surgir del contrato, con renuncia, en su caso, al fuero jurisdiccional extranjero que pudiera corresponder al licitante. Sin embargo, la LCSP cuando regula la contratación de la Administración mediante contratos formalizados y ejecutados en el extranjero,

⁴⁵² Arts. 4 y 5 de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española.

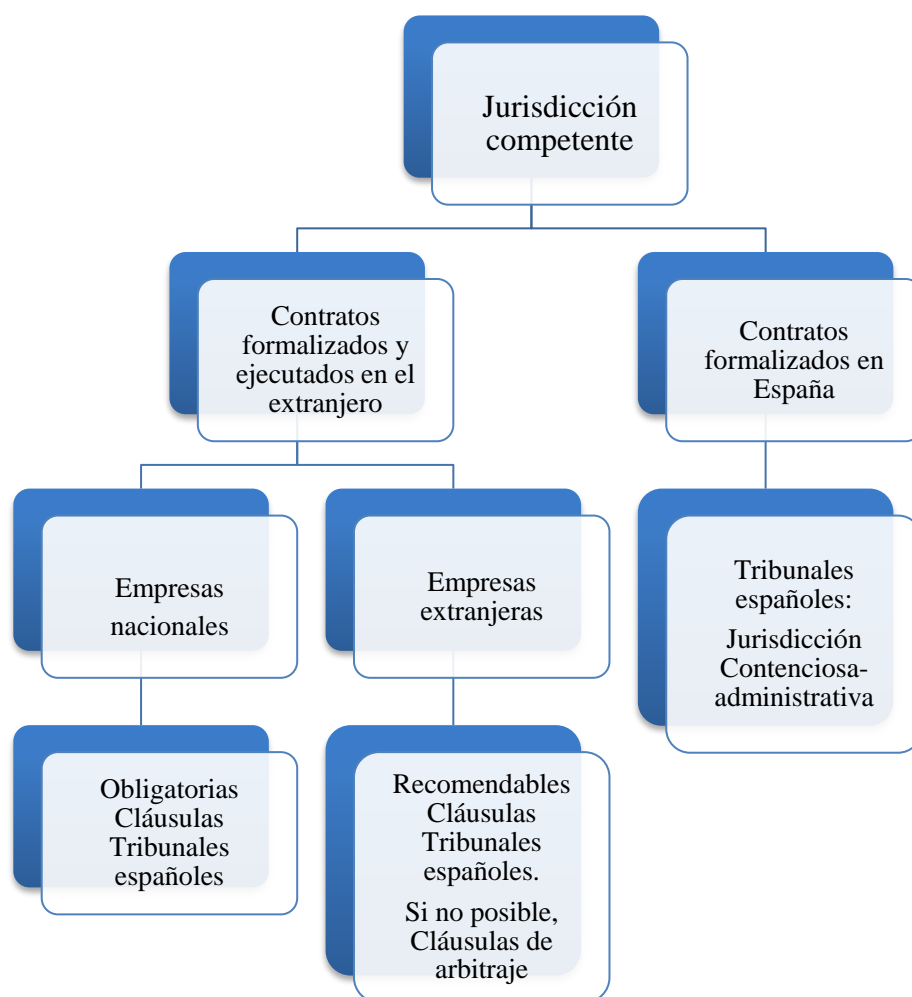
establece en la DA 1ª un régimen diferente en el que respecto de las discrepancias que pudieran surgir, llega a disponer incluso la introducción de cláusulas de arbitraje.

Analizando los apartados segundo y tercero de la DA 1ª LCSP se puede concluir que el legislador establece dos sistemas en función del lugar donde se celebra el contrato, distinguiendo entre los contratos que se formalicen en España, y los que se formalicen y ejecuten en el extranjero, y en este último supuesto, diferencia entre empresas nacionales y extranjeras.

En los contratos formalizados en España, las empresas se someterán a los juzgados y tribunales de justicia españoles y las controversias que pudieran surgir se sustanciarán según lo dispuesto en la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, sin que exista ninguna excepción. Por este motivo, para asegurar su cumplimiento, el legislador exige que cuando concurren empresas extranjeras han de renunciar al fuero que pudiera corresponderles y declarar que se someten a los juzgados y tribunales de justicia españoles de cualquier orden.

En lo que se refiere a los contratos que se formalicen y ejecuten en el extranjero, no se exige tal requisito cuando el contratista sea una empresa extranjera. El apartado tercero de la DA 1ª deja como potestativa dicha eventualidad, debiendo el órgano de contratación procurar incluir cláusulas de sumisión a los tribunales españoles, y cuando ello no fuera posible, a procurar la incorporación de cláusulas de arbitraje. Añade la DA que en estos contratos se podrá transigir previa autorización del Consejo de Ministros o el órgano competente de las Comunidades autónomas y entidades locales. Sin embargo, cuando las empresas sean españolas, el apartado segundo de la citada Disposición Adicional establece nuevamente la obligatoriedad de la inclusión de cláusulas de sumisión expresa a los Tribunales españoles.

Figura nº 8. Jurisdicción competente para resolución de controversias según la Disposición Adicional 1ª LCSP.



Fuente: Elaboración propia.

La DA 1ª LCSP regula dos casos de regímenes excepcionales del régimen especial, en el que conviene destacar por su importancia los contratos sujetos a regulación armonizada (Contratos S.A.R.A) que se formalicen y ejecuten en el extranjero, pero en territorio de Estados miembros de la UE o de Estados signatarios del AEEE, los cuales deberán cumplir las normas de la LCSP, inspiradas en las Directivas Europeas, que se refieren a la publicidad comunitaria, a los procedimientos de adjudicación, al régimen de modificaciones contractuales, a la subcontratación, al control del cumplimiento de las obligaciones sociales, medioambientales y laborales, a la resolución del contrato como consecuencia de una modificación esencial durante su ejecución y a la declaración de nulidad como consecuencia de hallarse incurso el adjudicatario en causa de

prohibición para contratar cuando celebró el contrato o como consecuencia de un incumplimiento grave del derecho de la UE.

Se puede concluir que el régimen especial aplicable a la contratación pública en el exterior se caracteriza por la flexibilidad, incluso a costa de perder cierta seguridad jurídica, que es necesaria para conseguir no estar en situación de inferioridad frente a operadores económicos internacionales, en cuanto a instrumentos jurídicos aplicables. Se justifica la flexibilidad porque de lo contrario podría haber provocado una merma en la eficiencia y la eficacia del Sector Público nacional que conllevarse una pérdida de oportunidades frente al exterior, y una situación de desventaja o incluso situaciones de competencia desleal que podrían haber afectado a la competitividad de España. Sin embargo, como se ha expuesto el hecho de admitir la utilización del procedimiento negociado para todos los contratos no parece razonable. Este régimen especial configurado por el legislador está marcado por la flexibilidad y la aplicación de unas normas mínimas al objeto de no producir conflictos entre las normas aplicables.

CONCLUSIONES

“SOBRE UNA TEORIA DEL RIESGO EN EL CONTRATO DE OBRAS”

1. El concepto del «riesgo» en el contrato de obra en el Derecho civil ha sido tradicionalmente considerado un único riesgo, entendido como el riesgo de pérdida fortuita de la obra, enmarcado en la concepción de la ejecución de la obra a riesgo y ventura del contratista. La compleja realidad demuestra la existencia de múltiples riesgos. La contratación pública contempla en términos similares el Principio de Riesgo y Ventura del contratista. El *Documento Conpes 3714* del Ministerio de Hacienda de Colombia (2011), destacable por establecer una tipología de riesgos, define los riesgos contractuales como «aquellas circunstancias que pueden presentarse durante el desarrollo o ejecución de un contrato y que pueden alterar el equilibrio financiero del mismo». El concepto actual de riesgo se define como la incertidumbre de que ocurra un acontecimiento que podría tener un impacto en el logro de los objetivos, según las Normas Internacionales de Auditoría. Se mide en términos de impacto y probabilidad. La gestión del riesgo es uno de los principios de la contratación pública de la OCDE. La evolución del concepto «riesgo» en las normas de contratación pública en España y en las Directivas europeas demuestra el exponencial incremento de la utilización del término «riesgo» en la legislación y el reconocimiento de la multiplicidad de riesgos distintos en la contratación.

2. Existen diferencias reseñables sobre el régimen aplicable a la transmisión de los riesgos en el contrato de compraventa y en el contrato de obras. En la compraventa, el riesgo surge cuando la obligación del deudor de entregar una cosa determinada deviene total o parcialmente imposible por causa no imputable a él. En relación a la regulación de los riesgos en el Contrato de Compraventa Internacional, por su parte la Convención de Viena en su art. 66, no define el concepto jurídico de riesgo, sino que se limita a

determinar las consecuencias inmediatas de su transmisión (*Effect of passing of risk*), estableciendo que el comprador no se libera de su obligación de pagar el precio, a menos que se deban a un acto u omisión del vendedor. En todos los casos en los que el vendedor incumple su obligación de entregar mercancías conformes, con independencia del momento en el que dicha falta de conformidad se manifieste, nace la responsabilidad del vendedor según el art. 36.1. En esos casos no se plantea el problema técnico del riesgo, sino la responsabilidad del vendedor por incumplimiento de su obligación principal de entregar las mercancías conformes según el art. 35. Los criterios de «control» y «aseguramiento» de las mercaderías inspiran la Convención de Viena, asume el riesgo aquel contratante que tenga la posibilidad de asegurarlas contra eventos fortuitos, custodiarlas y reclamar si se destruyen a la compañía de seguros. En el contrato de compraventa, el concepto de *splitting transit risk*, es decir, la división de los riesgos, es una excepción al principio general. Así, en ocasiones en los contratos se incluyen cláusulas que postergan la transmisión del riesgo hacia un momento distinto a la entrega al primer porteador. En todos los casos se prevé que el riesgo no pasará al comprador hasta que las mercancías hayan sobrepasado la borda del buque, o hasta que la carga haya sido colocada en el costado del buque, en el lugar designado por el comprador dentro del puerto de embarque fijado. Como se comprueba en este estudio, en la «Teoría del Riesgo divisible», por la que se establece una tipología de los riesgos en el contrato de obra opera también la división de los riesgos, pero a diferencia del contrato de compraventa, el régimen general en el contrato de obras es, a nuestro entender, la división de los riesgos y no una excepción al régimen general. Como diferencias, destacamos también que la Teoría del riesgo divisible en el contrato de obras, por un lado, se basa en la existencia de riesgos debido a los distintos momentos de transmisión que en ocasiones son provocados por «contingencias» y, por otro lado, la existencia de una mayor multiplicidad de los riesgos, que se contraponen al entendimiento de parte de la doctrina del momento de la transmisión del riesgo en la entrega de la obra.

3. En el contrato de obra en el ordenamiento civil, los arts. 1589 y 1590 CC regulan la transmisión de los riesgos de pérdida fortuita de la obra antes de ser entregada. Estos artículos tratan de determinar quién asumirá la pérdida de la obra y del trabajo realizado y qué ocurre con las prestaciones de ejecutar la obra y de pagar el precio cuando, antes de que la obra sea entregada al comitente, ésta se destruye sin culpa del contratista. La

pérdida de la obra también abarca los supuestos de pérdida parcial o deterioro de la obra. Los citados artículos regulan las dos formas de contratar una obra: con suministro de materiales por el contratista o solo su trabajo o industria. No obstante de esta distinción, en ambos casos se aplica la misma regla general, el riesgo de perecimiento de la obra antes de ser entregada lo sufrirá el contratista. A esta regla general, pueden ser de aplicación dos excepciones. Por una parte, el art. 1589 CC establece la excepción de la existencia de mora en la recepción de la obra por el comitente o en el cumplimiento de sus deberes de colaboración (*Mora accipiendi*). Por otra parte, el art. 1590 CC añade una segunda excepción, en el supuesto de destrucción de la obra por mala calidad de los materiales aportados por el comitente y advertido esto por el contratista al dueño de la obra. En estas dos excepciones, se produce la transmisión del riesgo de pérdida fortuita de la obra al comitente o dueño de la obra. Los arts. 1589 y 1590 CC establecen una regla dispositiva para las partes, prevalecerá lo establecido en el contrato y solo en defecto de pacto, serán de aplicación los arts. 1589 y 1590 CC.

4. El momento exacto en el que la legislación vigente y la doctrina sitúan la transmisión del riesgo por pérdida fortuita es la entrega de la obra por el contratista al comitente, en ese instante tiene lugar el traspaso de los riesgos del contratista al comitente. La eficacia de la entrega como acto de cumplimiento no está supeditada a la previa aprobación y recepción del comitente. Como establece la jurisprudencia del TS, la aprobación y recepción de la obra no condicionan el cumplimiento del contratista, sino que constituyen sólo actos declarativos del cumplimiento correcto que liberan de los defectos aparentes, efecto que no tiene la sola entrega.

5. Pueden darse varios escenarios ante la pérdida fortuita de la obra atendiendo a la posibilidad o imposibilidad de ejecución de la obra y el grado de destrucción de la obra:

- Cuando no sea posible la ejecución de la obra por el contratista por desaparición o destrucción de la cosa específica sobre la que ejecutar la obra: el contratista sufre la pérdida de los materiales que aportó y de su trabajo y, salvo que demuestre su diligencia en la conservación deberá responder frente al comitente por la pérdida de la cosa (arts. 1182 y 1183 CC). Sin embargo, ante la imposibilidad de ejecución de la obra, quedará

extinguida la obligación del contratista de alcanzar el resultado comprometido.

- En los casos en los que la destrucción fortuita de la obra no es total y la imposibilidad de obtener el resultado se haya producido sin culpa del contratista, se trata de un supuesto de imposibilidad sobrevenida de la prestación que provoca la extinción de la obligación y la sujeción al régimen de reembolso previsto en el art. 1595 *in fine* CC, debiendo el comitente abonar al contratista la parte proporcional de precio correspondiente a la obra que le hubiera podido entregar, siempre que pese a la pérdida parcial la obra le continúe reportando alguna utilidad.
- Cuando la obra que tenía que ejecutar el contratista continúa siendo posible: el contratista no quedará liberado de su obligación y continuará obligado a ejecutar la obra y entregarla al comitente.

6. A diferencia del régimen anterior de los arts. 1589 y 1590 CC que contemplaba el caso de fuerza mayor, cuando la pérdida de la cosa y de los materiales y trabajo del contratista se produce por conducta dolosa o culposa del contratista (incluida la no advertencia del contratista al comitente de la mala calidad de los materiales) nos encontramos ante un supuesto de incumplimiento contractual regulado por las normas generales de las obligaciones en los arts. 1101 y ss. CC. El contratista ha de responder por el retraso en la entrega de la obra convenida y de todos los daños y perjuicios que hubiera ocasionado al comitente el incumplimiento de sus obligaciones contractuales (arts. 1106 y ss. CC), incluido si así fuera, la pérdida del material suministrado por el comitente. Cuando se descubren deficiencias después de la entrega de la obra, el art. 1591 CC establece el régimen de responsabilidad del contratista y de los otros agentes intervinientes en la construcción en el que el riesgo por pérdida de la obra lo sufre el contratista y el arquitecto por plazo de diez años. El art. 17 LOE sobre vicios constructivos, deroga la responsabilidad decenal por ruina para contratos cuyo objeto sea una obra de edificación según el art. 2 LOE y un sistema de plazos de responsabilidad que contemplan diez años (vicios en cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales), tres años (por

vicios incumplimiento de los requisitos de habitabilidad) y un año (vicios en elementos de terminación o acabado de las obras).

7. La incorporación de la noción objetiva del incumplimiento contractual en la Propuesta de Modernización del Código Civil de 2009 en el art. 1.188 PMCC junto al art. 1.474 PMCC son claves en la introducción del concepto de falta de conformidad de la prestación en el Derecho Civil Español. Este concepto que radica en el Principio de la Autonomía de la Voluntad, también proviene del Derecho Alemán, concretamente el §633 BGB sobre la obligación del empresario de proporcionar la obra libre de vicios materiales y jurídicos. Consideramos la posible existencia de lo que hemos conceptualizado como «Riesgo de falta de conformidad del contrato de obra», que se puede definir como la incertidumbre o probabilidad de que en la obra puede darse un cumplimiento defectuoso o inexacto de la prestación por el contratista, el retraso en la ejecución de la obra, vicios o defectos o la entrega de una obra distinta a la pactada en el contrato. El riesgo de falta de conformidad lo asume el contratista, lo que concuerda con el art. IV.C.-3:104 DCFR sobre el concepto de *Conformity*, que establece como obligación del constructor garantizar que la estructura construida sea de la calidad y clase establecidas en el contrato. Según el DCFR el constructor puede quedar exonerado si demuestra que el vicio o defecto ha sido provocado por las decisiones del cliente. A este respecto, el art. 36 de la Convención de Viena contiene una regla general por la que la falta de conformidad es imputable al vendedor si existe en el momento de la transmisión del riesgo al comprador, en la entrega. Asimismo, contempla dos excepciones que permiten imputar la falta de conformidad al vendedor después de la transmisión del riesgo, entre las que se encuentra la falta de conformidad cuando la causa sea el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones del vendedor, cuando le sea imputable. La regla general es objetiva, pero la excepción es subjetiva y vuelve a articularse en torno a la imputabilidad al vendedor. Frente a esa concepción de la falta de conformidad subjetiva, se propone en esta Tesis la incorporación del concepto de falta de conformidad al contrato de obra en el Derecho Civil articulada sobre el concepto objetivo de vicio inspirado en el §633.2 BGB. El vicio o defecto provoca la no conformidad y lo que asume el contratista es el Riesgo de no conformidad, le sea o no imputable. Lo que si se podría es extender la asunción por el contratista del Riesgo de falta de conformidad si deviene de su incumplimiento, incluso después de la entrega de la obra.

8. La propuesta del art. 1.213 PMCC sobre la alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato es muy novedosa por cuanto incluye la posibilidad de la renegociación del contrato a través de la revisión del contrato, en caso de excesiva onerosidad para una de las partes o cuando se haya frustrado el fin del contrato, por cambio de forma extraordinaria e imprevisible de las circunstancias. Los dos supuestos habilitantes son la excesiva onerosidad o *hardship*, definida por el art. 6.2.2 de los Principios de Unidroit, o la frustración del fin, de influencia clara de la doctrina del Derecho alemán de la base del negocio, *Geschäftsgrundlage*, regulada en el §313.1 BGB. La revisabilidad no se considera una posibilidad ajena al contrato y estrictamente excepcional como la cláusula *rebus sic stantibus*, sino como una alternativa a la resolución del contrato, una renegociación del contrato. A pesar de ser conveniente, hay que ser conscientes de que la revisión del contrato por el deudor o contratista puede tener un impacto significativo contrapuesto en los remedios al incumplimiento que puede ejercitar el acreedor o comitente.

9. Analizada la legislación y la doctrina, he conceptualizado la «Teoría del riesgo divisible», una novedosa tipología de riesgos atendiendo al momento concreto en el que puedan producirse debido a la consecución de determinadas contingencias o incidentes que desencadenan los riesgos en el contrato de obra. En la doctrina analizada se puede detectar un tratamiento integral o total de la transmisión del riesgo, en la que se concibe el riesgo en el contrato de obra como un todo que se transmite en el momento de la entrega de la obra al comitente, lo que podríamos calificar como «una transmisión del riesgo en tracto único». Esta aproximación no refleja lo que acontece en la realidad y sería más adecuado reconocer que el riesgo es divisible, se despliega en partes. Así pues, según la «Teoría del riesgo divisible en el contrato de obra inmobiliaria» conceptualizada en esta tesis, atendiendo al momento en que se puede materializar el riesgo y su transmisión causada por determinados sucesos, podrían existir los siguientes seis tipos de riesgos:

1. *Riesgo principal*, riesgo por pérdida fortuita o por culpa del contratista: que puede materializarse desde la fecha en la que las partes prestan su consentimiento en obligarse por el contrato de obra hasta el momento de la entrega de la obra al comitente (promotor). Este riesgo es asumido por

el contratista y se produce la transmisión del riesgo al comitente una vez entregada la obra a éste, teniendo lugar el traspaso de los riesgos por pérdida fortuita. Este es el riesgo que reconoce la doctrina mayoritariamente y cuya transmisión reconoce como total en el momento de la entrega de la obra.

2. *Riesgo por defectos aparentes*: que existe entre el momento de la entrega de la obra hasta que se produzca la recepción de la obra inmobiliaria y es asumido por el contratista.
3. *Riesgo residual o riesgo por vicios o defectos ocultos*: opera una vez entregada la obra, entre su recepción sin reservas y la potencial pérdida. Este riesgo existe a mi juicio porque la transmisión del riesgo no es total en el momento de la entrega de la obra, pesa sobre el contratista una responsabilidad por vicios o defectos en la construcción, que bien podría interpretarse como un riesgo residual y potencial que podría materializarse en responsabilidad por daños en caso de descubrirse defectos constructivos en el futuro dentro de los plazos establecidos por la legislación. Los citados defectos o vicios constituyen un incumplimiento del programa obligacional y la falta de culminación de la actividad de ejecución de la obra comprometida, por lo que los riesgos subsisten y el traspaso de los riesgos no es en puridad total ni se completa con la entrega de la obra.
4. *Riesgo de pérdida por defectos advertidos u objeto de reserva*: es desencadenado por la recepción con reservas de la obra por parte del comitente y podría producirse entre la misma y la fecha de firma del acta de recepción aparte que menciona el art. 6.2 d) LOE tras la subsanación de los defectos advertidos por el comitente. Si una vez firmada el acta de recepción con reservas se produce la pérdida de la obra causada por las reservas que ya advirtió el comitente o promotor, responderá el contratista puesto que no es la materialización de un riesgo de pérdida fortuita de la obra sino el riesgo de pérdida por los defectos advertidos que pesa sobre el contratista. La transmisión del riesgo en el momento del acta de recepción con reservas es parcial, comprendiendo tan solo el

traspaso del riesgo de pérdida por posibles defectos aparentes no detectados, mientras que continúa el contratista asumiendo el riesgo de pérdida por los defectos advertidos por el promotor. Por tanto, la recepción con reservas despliega los riesgos, distribuyéndolos entre las partes y quebrando la regla general de transmisión total de los riesgos que acontece en la recepción de la obra sin reservas en la que el promotor al recibir la obra recibe a la vez todos los riesgos de pérdida de la obra por defectos aparentes.

5. *Riesgo invertido o riesgo por retraso en la recepción o mala calidad de los materiales advertida:* que comprende las excepciones mencionadas a la regla general que establecen los arts. 1589 y 1590 CC, a saber, la mora en la recepción de la obra por el Comitente o en el cumplimiento de sus deberes de colaboración (*mora accipiendi*) y la destrucción de la obra causados por la mala calidad de los materiales aportados por el comitente advertido oportunamente por el contratista. La regla general es que es el contratista quien asume la pérdida fortuita antes de la entrega de la obra, pero en este caso se produce una inversión del riesgo, como excepción a la regla general de que el riesgo es asumido por el contratista salvo pacto en contrario, produciéndose una transmisión del riesgo de uno a otro. En el supuesto de *mora accipiendi*, dicho riesgo existiría desde el plazo fijado para la entrega en el contrato hasta la entrega tardía o la pérdida si ésta llegase a materializarse. En el segundo de los supuestos, desde que es advertida la mala calidad de los materiales hasta la destrucción o pérdida de la obra.
6. *Riesgo fraccionado por pérdida fortuita:* existiría si se hubieran pactado entregas parciales de las obras o realizado efectivamente sin pacto en ese respecto, por lo que el comitente irá asumiendo los riesgos de perecimiento fortuito de las obras conforme las va recibiendo, aun de modo provisional o parcial, sin esperar a la recepción definitiva de la obra. Esta opción es contemplada por la jurisprudencia del TS, reconociendo pues la posibilidad del fraccionamiento del riesgo.

10. En relación con la homogenización del sistema de los riesgos a nivel europeo a través del análisis de las disposiciones aplicables al Contrato de obras contempladas en el Título C del Libro IV del Marco Común de Referencia (DCFR), una de las diferencias observadas con respecto al ordenamiento civil español es que el objeto contractual es más reducido, puesto que según el DCFR es, principalmente, la construcción de estructuras inmuebles basadas en el diseño de un arquitecto u cualquier otro proporcionado por el cliente, o la modificación de «manera sustancial» de un edificio ya existente. Asimismo, se aplica realizando las modificaciones oportunas a los contratos cuyo objeto sea construir un bien, mueble o incorporal de nueva creación. Realizando una interpretación a sensu contrario, quedan excluidas las transformaciones no sustanciales de los bienes inmuebles y las modificaciones o transformaciones de bienes muebles, que en el ordenamiento español pueden constituir el objeto de un contrato de obra. Según el resumen comparativo de los Comentarios del DCFR del art. IV.C.- 3:104, el principio de que el resultado final del proceso de construcción (la estructura) debe ser adecuado a su objeto, es decir, que no debe contener defectos, constituye un concepto esencial en las legislaciones francesa, española, alemana, austriaca y griega. En estos países, se acepta el principio de la perfección del resultado final: el constructor se encuentra sujeto a una obligación de resultado. Esto implica que el constructor será responsable, a no ser que demuestre que las especificaciones del cliente fueron la causa del problema y que constituyen un impedimento que escapa al control del constructor, que excusa la mala ejecución por motivo de fuerza mayor.

11. Como en el ordenamiento español, la entrega de la obra constituye un momento crucial en la distribución de los riesgos en el DCFR, pero existen algunas peculiaridades. El art. IV.C.-3:106 regula la entrega de la estructura construida. El apartado (1) establece que es el constructor quien toma la iniciativa de la transmisión del control al cliente si considera que la estructura construida, o cualquiera de sus partes que fuesen aptas para su uso independiente, están terminadas de forma suficiente y el cliente debe asumir el control del bien, salvo que existan defectos importantes. Ésta es una novedad del DCFR, que reconoce ese derecho al constructor con carácter general salvo prohibición del contrato, mientras que, en el derecho español, el contratista no podrá compeler a la recepción parcial (no tiene ese derecho) con carácter general, salvo que el contrato de manera expresa lo autorice. Por tanto, el DCFR establece que la autonomía de la voluntad operaría con carácter negativo para dejar sin efecto el régimen

general, mientras que en el Código Civil se establece la prohibición en general y la autonomía de la voluntad de las partes podría en sentido positivo crear una excepción autorizando la obligación del comitente de aceptar las entregas parciales.

12. El art. IV.C.-3:108 DCFR introduce para la transmisión de los riesgos el concepto de «momento relevante» (*relevant time*), que define como el momento en el que el control del bien deba transferirse al cliente, el momento en que dicho control se transfiera o debería haberse transferido en virtud del art. 3:106 (Entrega de la estructura construida) del Título C del Libro IV; y en los demás casos, el momento en que se finalice la obra y el constructor informe de ello al cliente. Ese momento relevante, momento en el que se transmite el riesgo, como ocurre en el ordenamiento español (arts. 1589 y 1590CC) es la entrega de la obra. Este artículo establece tres posibilidades y la distribución de los riesgos a través de la articulación de un auténtico sistema de riesgos en cada una de ellas, como se expone seguidamente:

- Pérdida por suceso ocurrido antes del momento relevante y es posible el Cumplimiento (art. IV.C.-3:108 DCFR Apartado 3): los riesgos son asumidos por el constructor.
- Pérdida por suceso ocurrido antes del momento relevante e imposibilidad del cumplimiento el contrato (art. IV.C.-3:108 DCFR Apartado 4): en este caso los riesgos son compartidos, la pérdida de su trabajo es asumida por el constructor y la pérdida de los materiales por el cliente si éste los suministra.
- Pérdida por suceso ocurrido después del momento relevante (art. IV.C.-3:108 DCFR Apartado 5): en este caso el riesgo es asumido por el cliente o comitente.

13. Sobre la cuestión de los materiales suministrados por el cliente, la regla general en la mayoría de los países es que el constructor sólo tiene el deber de protegerlos con diligencia. En caso de un suceso que provoque la pérdida o daño de la obra, el cliente deberá volver a suministrar los materiales, pagar el precio y no tendrá derecho a indemnización del constructor. Éste es el sistema que rige en Inglaterra, Suecia, Países Bajos, Bélgica, Francia, Italia, Alemania, Austria, Grecia y Portugal.

14. Recordemos de nuevo las palabras de William Thomson Kelvin «Lo que no se define no se puede medir. Lo que no se mide, no se puede mejorar. Lo que no se mejora, se degrada siempre». Es necesario generar una cultura de gestión sistemática del riesgo, que incluya la identificación, evaluación, tratamiento y seguimiento de los riesgos existentes en la contratación. Ésta debe ser una prioridad, tanto en la contratación pública como en la contratación privada. Para alcanzar ese objetivo, se requiere el establecimiento de una matriz de riesgos del contrato (con tipos de riesgos y su distribución *inter partes*), la elaboración de Indicadores de desarrollo (*Performance Indicators*) y el análisis de los incumplimientos contractuales de los Informes de las Instituciones de Control Externo y de las Sentencias de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales en el ámbito de la contratación pública, así como las Sentencias del Tribunal Supremo para el ámbito de la contratación en el Derecho Civil. A través de esas herramientas se podrán desarrollar planes y medidas que permitan prevenir, controlar y mitigar los riesgos contractuales. Las ventajas de la gestión sistemática de los riesgos son un mayor nivel de certeza y conocimiento en la toma de decisiones, mejora de la planificación de contingencias, reducción de litigios y el incremento del grado de confianza *inter partes*.

15. En los contratos de obras del Sector Público, rige el *Principio de riesgo y ventura* (art. 197 LCSP), por el que la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, con una excepción: los casos de fuerza mayor (art. 239 LCSP). Este principio de riesgo y ventura del Contratista sólo tiene vigencia durante la fase vital del contrato, es decir, desde su inicio hasta la fecha contractual de terminación de las obras, fecha que obligatoriamente ha de figurar en el contrato formalizado. *Riesgo* significa contingencia o proximidad de un daño, y *ventura* la posibilidad de que algo suceda mal o bien. Como mantiene la doctrina científica, en tanto la obra no se entrega y se recibe por la Administración, el contratista es el dueño de ella y, por tanto, es él quien debe soportar los riesgos de pérdida, destrucción o deterioro de la misma; aplicándose en definitiva la regla general «*res perit domino*», común para todo contrato de obras, ya sea concertado entre particulares (arts. 1589 y 1590 CC), ya lo sea entre un particular y una Administración Pública.

16. Se identifican diferencias relevantes en la transmisión de los riesgos de los contratos sujetos a la LCSP, con respecto a los contratos regulados por el ordenamiento

civil, la primera diferencia en la fijación del fin del plazo de garantía como el momento crucial de la transmisión de los riesgos. Siguiendo la tipología de riesgos establecida para el contrato de obra civil en este estudio, el fin del plazo de garantía supone la transmisión de los riesgos por pérdida de la obra y riesgos por defectos aparentes. Por otra parte, los riesgos por obras defectuosas o mal ejecutadas (lo que en el ordenamiento civil equivaldría a defectos aparentes) los asume el contratista durante el desarrollo de las obras y el plazo de garantía, mientras que una vez expirado ese plazo, dichos riesgos se trasladan a la Administración (art. 238.3 LCSP). El momento de la transmisión de los riesgos que puedan advertirse en la construcción, es decir, por defectos aparentes, en los contratos sujetos a la LCSP se produce en la expiración del plazo de garantía y mediando Informe favorable del Director facultativo de la obra. Como regla general, el contratista responde por los daños causados como consecuencia de la ejecución de la obra pero existen 3 excepciones: el contratista quedará exento de responsabilidad cuando la obra defectuosa sea consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, o de vicios del proyecto elaborado por la propia Administración y, por último, cuando los daños hayan sido causados por el contratista con incumplimiento por parte de la Administración de sus deberes de policía e inspección, lo que supone la atribución de la responsabilidad a ésta por incurrir en un caso de *culpa in vigilando*.

17. La segunda diferencia relevante en el sistema de riesgos con respecto al contrato de obras del ordenamiento civil, consiste en que, en el Contrato de obra del Sector Público, el contratista no asume el riesgo por pérdida de la obra por caso fortuito o fuerza mayor y siempre que no exista actuación imprudente por su parte, tiene derecho a recibir una indemnización por los daños y perjuicios sufridos. La justificación de que el riesgo de pérdida por fuerza mayor no sea asumido por el contratista, regulándose la fuerza mayor como excepción al principio de riesgo y ventura, es la justa compensación a las dificultades de los contratistas y concesionarios para encontrar entidades aseguradoras que quisieran asumir los grandes riesgos derivados de la eventual pérdida o destrucción de las obras públicas.

18. Una tercera diferencia importante de los contratos sujetos a la LCSP con respecto a los contratos sujetos al ordenamiento civil es su finalidad de servir al interés público, que añade ciertas divergencias en la transmisión de los riesgos en un determinado supuesto. En este sentido, el art. 243.6 LCSP establece que cuando por

razones excepcionales de interés público debidamente motivadas en el expediente el órgano de contratación acuerde la ocupación efectiva de las obras o su puesta en servicio para el uso público, aún sin el acto formal de recepción, se producirán los efectos y consecuencias propios del acto de recepción de las obras. En este caso, se tiene por realizada la recepción, si nos encontrásemos en el ordenamiento civil significaría que no se dilata en el tiempo el mantenimiento de la responsabilidad por vicios aparentes del contratista, produciéndose la transmisión de esos riesgos concretos del contratista a la otra parte contractual. Se produciría lo que podríamos llamar *«transmisión anticipada del riesgo por causa del interés público»*, pero en estos casos, en los contratos del Sector Público, no es así, no se transmite el riesgo en la recepción sino hasta que se produzca la finalización del plazo de garantía, precisamente para evitar costes de reparación de la Administración por defectos en la construcción, que han de ser subsanados por el contratista para la protección del interés público. Otra diferencia para proteger el interés público, el art. 244 LCSP establece una responsabilidad por vicios ocultos por la que, si la obra se arruina con posterioridad a la expiración del plazo de garantía, debido al incumplimiento del contrato por parte del contratista, responderá éste de los daños y perjuicios que se manifiesten durante un plazo de quince años a contar desde la recepción. Transcurrido este plazo sin que se haya manifestado ningún daño o perjuicio, quedará totalmente extinguida la responsabilidad del contratista. Ese riesgo es asumido durante quince años, a partir del cual se produce la liberación de la responsabilidad del contratista. Parece razonable el establecimiento de un período amplio de responsabilidad del contratista por vicios ocultos, dada la finalidad perseguida de salvaguardar el interés público.

19. En la contratación pública se suman ciertos riesgos que no están presentes en la contratación civil, entre ellos se encuentra el que hemos conceptualizado como «Riesgo del procedimiento de adjudicación», asociado a la selección de un procedimiento inadecuado a la obra o bien, o que suponga un incumplimiento de los Principios de Transparencia de los procedimientos y Libre concurrencia. Este riesgo se produce en la práctica por la utilización en exceso del procedimiento negociado sin publicidad y el procedimiento negociado, como muestran sendos Informes de las Instituciones de Control Externo, como la Cámara de Cuentas de Andalucía. También se ha de tener en cuenta el que hemos conceptualizado como el «Riesgo de criterios de adjudicación inadecuados», que supongan un incumplimiento de los Principios de Libertad de acceso

a las licitaciones, no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores, integridad, salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económica más ventajosa. Este riesgo se puede dar ante la posibilidad de que se establezcan criterios de adjudicación que incorporen criterios de territorialidad que primen a ciertos licitadores en detrimento de los demás. La materialización de estos riesgos constituye un «Riesgo de *Compliance*», término que alude a un Riesgo de incumplimiento, que la Norma ISO 19600 define como «el efecto de la incertidumbre sobre los objetivos de *compliance*», un concepto este último que va más allá de la satisfacción de los requisitos legales y está relacionado con satisfacer las necesidades y expectativas de la mayoría de partes interesadas. Para su implementación ha surgido la figura del *Compliance Officer*, responsable de asegurar el cumplimiento de la normativa vigente.

20. En la contratación pública preocupa sobremanera el Riesgo de corrupción o Riesgo de fraude, definiendo la Norma Internacional de Auditoría NIA-ES 240 el «fraude» como un acto intencionado por la dirección, los responsables del gobierno de la entidad, empleados o terceros que conlleve la utilización del engaño con el fin de conseguir una ventaja injusta o ilegal. Los datos de la OCDE muestran que los casos de soborno internacional desde 1999 a 2014 se concentran principalmente en cuatro sectores de la economía: las Extractivas mineras (19%), la Construcción (15%), la Logística (15%) y TIC (10%). La Comisión Europea ha alertado de la peligrosidad y perjuicio para la economía de la Unión Europea. Entre medidas innovadoras en el ámbito internacional se encuentra el Proyecto *Red flags*, que tiene como objetivo mejorar la Transparencia de la Contratación Pública en Hungría y apoyar la lucha contra la corrupción, proyecto financiado por la Unión Europea, proporciona una herramienta interactiva para detectar riesgos de fraude. Este tipo de proyectos deben implementarse en todos los Estados Miembros de la UE.

21. Por otra parte, es relevante la clasificación de riesgos que realiza Eurostat en el *Manual del SEC-95 sobre el déficit público y la deuda pública*, en particular en su IV parte dedicada a «Contratos a largo plazo entre unidades administrativas y socios privados (asociaciones público- privadas)». El Manual de Eurostat parte de la división de los riesgos en dos grandes categorías:

1. Riesgos que afectan al proceso de la construcción de la infraestructura, denominados genéricamente, riesgos de construcción.

2. Riesgos relativos a la realización de la actividad, que pueden ser riesgos de demanda o riesgos de disponibilidad.

La transmisión de los riesgos en los Contratos de Colaboración Pública-Privada, por su dificultad técnica y los elevados costes de las obras que conforman su objeto, deben ser distribuidos en el contrato guardando un equilibrio justo *inter partes*, pero guiados siempre y haciendo prevalecer el interés público de las obras desarrolladas.

22. Dada la regulación anticuada y obsoleta del Código Civil español sobre el contratos de obra, y el carácter supletorio que ha tenido que asumir la jurisprudencia en la materia, resulta preciso aprobar la Propuesta de Modernización del Código Civil, reforzando la parte referente a la materia de riesgos y, concretamente la que atañe al contrato de obras, que contemple los avances aportados por la Compraventa Internacional de Mercaderías y los Principios europeos contenidos en el Marco Común de Referencia, que ciertamente constituyen un auténtico sistema de atribución de los riesgos entre las partes y un marco conceptual de transmisión de los riesgos. Éste es el medio para situar a España en la senda de la esperada armonización del Derecho Civil en la Unión Europea, que concilie las voluntades hacia un necesario Código Civil Europeo.

23. El análisis comparativo entre el ordenamiento civil y el administrativo muestra diferentes modelos de transmisión de los riesgos, atendiendo en el primer caso a asegurar un equilibrio entre las partes y en el segundo, además de ese equilibrio, la salvaguarda del interés público. No es posible afirmar cuál es el mejor modelo de regulación, el público o el privado, puesto que cada uno responde a una finalidad diferente. Sin embargo, el modelo de regulación pública se asemeja más y articula mejor las soluciones a la compleja realidad contractual. Por ello, defendemos que el mejor modelo es aquél que contemple una multiplicidad de riesgos como la «Teoría del riesgo divisible en el contrato de obra inmobiliaria» y la «Teoría de los niveles de riesgo según la gravedad del vicio». Es preciso establecer un auténtico sistema de riesgos en el contrato de obra capaz de responder en detalle a las siguientes preguntas: qué riesgos, cuándo se producen los riesgos o qué contingencias los desencadenan, quién los asume y en qué momento se produce la transmisión de cada uno de los riesgos. Esa ha de ser la regulación de los riesgos en el contrato de obras del futuro.

ÍNDICE CRONOLÓGICO DE JURISPRUDENCIA

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- STJUE, 19 de abril de 1994 (ECLI:EU:C:1994:155)
- STJUE, 13 de octubre de 2005 (ECLI:EU:C:2005:605)
- STJUE, 27 de octubre de 2005 (ECLI:EU:C:2005:644)
- STJUE, 18 de julio de 2007 (ECLI:EU:C:2007:445)
- STJUE, 13 de septiembre de 2007 (ECLI:EU:C:2007:508)
- STJUE, 10 de septiembre de 2009 (ECLI:EU:C:2009:540)
- STJUE, 10 de marzo de 2011 (ECLI:EU:C:2011:130)
- STJUE, 10 de noviembre de 2011 (ECLI:EU:C:2011:721)
- STJUE, 8 de mayo de 2014 (ECLI:EU:C:2014:303)

SENTENCIAS DE TRIBUNALES ESPAÑOLES

- STS, 23 de noviembre de 1964 (RJ 1964, 5453)
- STS, 14 de octubre de 1968 (RJ 1968, 4386)
- STS, 25 de abril de 1980 (RJ 1980, 1561)
- STS, 13 de abril de 1981 (RJ 1981, 1537)
- STS, 7 de julio de 1982 (RJ 1982, 4220)
- STS, 8 de noviembre de 1983 (RJ 1983, 6068)
- STS, 20 de noviembre de 1985 (RJ 1985, 5566)
- STS, 2 de diciembre de 1985 (RJ 1985, 6511)

- STS, 7 de octubre de 1986 (RJ 1986, 5330)
- STS, 22 de octubre de 1990 (RJ 1990, 8033)
- STS, 7 de diciembre de 1990 (RJ 1990, 9900)
- STS, 3 de mayo de 1993 (RJ 1993, 3400)
- STS, 15 de junio de 1994 (RJ 1994, 4925)
- STS, 16 de junio de 1994 (RJ 1994, 4927)
- STS, 19 de octubre de 1995 (RJ 1995, 7524)
- STS, 13 de mayo de 1996 (RJ 1996, 3876)
- STS, 22 de febrero de 1997 (RJ 1997, 1189)
- STS, 5 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 8966)
- STS, 20 de junio de 1998 (RJ 1998, 4903)
- STS, 19 de octubre de 1998 (RJ 1998, 7440)
- STS, 12 de enero de 1999 (RA 1999, 36)
- STS, 30 de abril de 1999 (RA 1999, 469)
- STS, 11 de mayo de 1999 (RA 1999, 5034)
- STS, 20 de mayo de 1999 (RA 1999, 5201)
- STS, 1 de marzo de 2000 (RJ 2000, 1303)
- STS, 1 de julio de 2002 (RJ 2002, 5832)
- STS, 12 de julio de 2002 (RJ 2002, 6045)
- STS, 24 de octubre de 2002 (RJ 2002, 8975)
- STS, 16 de diciembre de 2002 (RJ 2002, 10748)
- STS, 21 de marzo de 2003 (RJ 2003, 2763)
- STS, 17 de diciembre de 2003 (RJ 2003, 8792)
- STS, 26 de abril de 2004 (RJ 2004, 2083)
- STS, 25 de mayo de 2004 (RJ 2004, 3973)

- STS, 17 de noviembre de 2004 (RJ 2004, 7239)
- STS, 16 de diciembre de 2005 (RJ 2005, 153)
- STS, 31 de mayo de 2006 (RJ 2006, 3508)
- STS, 14 de julio de 2006 (RJ 2006, 6380)
- STS, 27 de junio de 2007 (RJ 2007, 3864)
- STS, 5 de noviembre de 2007 (RJ 2007, 8646)
- STS, 26 de junio de 2008 (RJ 2008, 3306)
- STS, 1 de julio de 2008 (RJ 2008, 4274)
- STS, 6 de octubre de 2008 (RJ 2008, 522)
- STS, 19 de febrero de 2009 (RJ 2009, 1502)
- SAN, Sala Contencioso-Administrativo, Sección 8ª, de 31 de octubre de 2006.
- SAP-Madrid, 30 de septiembre de 2002 (JUR 2003, 23128)
- SAP - Madrid, 11 de mayo de 2004 (AC 2004, 1583)
- STSJ - Castilla-La Mancha, 23 de octubre de 2001 (JUR 2002, 17117)

BIBLIOGRAFÍA

ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO (2019), *Informe de la Dirección del Servicio Jurídico del Estado, Ref. A.G. Economía, Industria y Competitividad 1/2019* (R-33719).

ALBADALEJO GARCÍA, Manuel (1986), «Comentarios a los artículos 1583 y ss. del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XX, vol. 2º, Madrid, p. 170 y ss.

ALCOVER GARAU, Guillermo (1991), *La transmisión del riesgo en la compraventa mercantil. Derecho español e internacional*, Civitas, Madrid.

ALIAGA MORENO, Íñigo (2015), «La regulación de las concesiones de obras y servicios en las nuevas Directivas europeas. Visión crítica de la regulación en Navarra», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 45-46, Zaragoza, pp. 260-311.

ALONSO PÉREZ, Mª Teresa (2012), «La función de las obligaciones precontractuales de advertencia en la formación del contrato de servicios (Estudio de Derecho contractual europeo)», *InDret* 3/2012, Barcelona.

ARROYO I AMAYUELAS, Esther (2010) en DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, Valladolid.

AYMERICH CANO, Carlos (2013), «Crisis económica y contratación pública», en **PERNAS GARCÍA, J. José** et al., *Contratación Pública Estratégica*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).

BALLUGERA GÓMEZ, Carlos (2006), *El contrato no-contrato*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid.

BARENDRECHT, Maurits, JANSEN, Chris, LOOS, Marco, PINNA, Andrea, CASCÁO, Rui, VAN GULIK, Stéphanie (2007), *Principles of European Law, Study Group on a European Civil Code. Service Contracts (PEL SC)*, Sellier, European Law Publishers, Bruylant, Staempfli, Munich.

BARRERES, Enrique (2014), *Manual de Contabilidad de las Administraciones Locales. Adaptado a la ICAL 2013*, Volumen 1, Faura-Casas Editorial, Barcelona.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ- CANO, Rodrigo (2013), *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, Navarra.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ- CANO, Rodrigo (2009), *Tratado de Contratos, Tomo III, contratos asociativos, contratos de prestación de servicios y realización de obras, contratos aleatorios, contratos para evitar o dirimir conflictos*. Tirant lo Blanch, Valencia.

BERMAN, Harold J. and KAUFMAN, Colin (1978), «The Law of Internacional Commercial Transactions (Lex Mercatoria)», *Harvard International Law Journal*.

BLANCO LÓPEZ, Francisco (2014), «La Directiva 23/2014 de contratos de concesión. El “Riesgo operacional”», *Revista Derecho y Salud*, Vol. 24 extraordinario, pp. 88-94.

BLANQUER CRIADO, David (2013), *Los contratos del Sector Público*, Tirant lo blanch, Valencia.

BLEKER, Sylvie and HORTENSIUS, Dick (2014), *ISO 19600: the development of a global standard on compliance management*. Business compliance 02/2014. Baltzer science publishers.

BOGGIANO, Antonio (1995), *Contratos Internacionales*, Depalma, 2ª edición, Buenos Aires.

BONELL, Michael Joachim (1976), *Le Regole Oggetive del Commercio Internazionale. Clausole Tipiche e Condizioni Generali*, Giuffrè Editore, Milano.

BUENO HUDSON, Antonio J. (2011), «La acotación del riesgo en la financiación estructurada de un *Project Finance*» en PALOMAR OLMEDA, Alberto, DE ÁLVARO MONTERO, Ángel et al. *La Colaboración Público-Privada: Análisis Avanzado de los Problemas Prácticos de esa Modalidad Contractual*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pp. 257-280.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1993), *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Barcelona.

CADARSO PALAU, *Riesgo y responsabilidad en el contrato de obra*, en *Contratos de servicios y de obra*, coord. GOZÁLEZ GARCÍA (1996) Jaén.

CÁMARA DE CUENTAS DE ANDALUCÍA (2018), *Informe de fiscalización de la contratación pública de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades vinculadas. Fiscalización específica de los contratos adjudicados por determinadas Agencias Públicas Empresariales, ejercicios 2014-2015*, BOJA núm. 234, 04/12/2018.

CÁMARA DE CUENTAS DE ANDALUCÍA (2018), *Informe de fiscalización de determinadas áreas de la Diputación Provincial de Córdoba, ejercicio 2015*, BOJA núm. 94, 17/05/2018.

CÁMARA DE CUENTAS DE ANDALUCÍA, *Informe sobre la Fiscalización de las encomiendas de gestión reguladas en la legislación de contratación pública de determinadas Consejerías de la Administración Autonómica Andaluza, ejercicio 2013*.

CÁMARA DE CUENTAS DE ANDALUCÍA (2015), *Informe de Fiscalización de la contratación pública de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades vinculadas, ejercicio 2013*. BOJA núm. 225, 19/11/2015.

CÁMARA DE CUENTAS DE ANDALUCÍA (2014), *Informe de fiscalización de la Cuenta General, Contratación Pública y Fondos de Compensación Interterritorial del ejercicio 2012*. BOJA núm. 103, 30/05/2014.

CÁMARA DE CUENTAS DE ANDALUCÍA (2013), *Informe de fiscalización de la Cuenta General, Contratación Pública y Fondos de Compensación Interterritorial del ejercicio 2011*, BOJA núm. 64, 04/04/2013.

CÁMARA DE CUENTAS DE MADRID, *Informe de fiscalización de la contratación incluida en el ámbito de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público celebrada por los Entes, Organismos y Entidades del Sector Público madrileño. Ejercicio 2011*.

CAMPOS ACUÑA, Concepción (2019), *Compliance en la contratación pública: mapa de riesgos en la corrupción y claves para su gestión*, Gabilex, nº Extraordinario Marzo, pp. 21-36. <http://gabilex.castillalamancha.es>

CAMPUZANO DÍAZ, Beatriz (2002), «¿Hacia un Derecho Contractual Europeo?», *Anuario de Derecho Civil*, nº 2, Universidad de Sevilla Servicio de Publicaciones.

CANARIS, C.-W. (2001), «Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen», *JZ*, 10.

CAÑIZARES LASO, Ana, DE PABLO CONTRERAS, Pedro, ORDUÑA MORENO, Javier y VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario (dir.) (2016), *Código Civil Comentado*, Vol. IV, Libro IV-Obligaciones y contratos. Contratos en particular, derecho de daños y prescripción (Arts. 1445 al final), Civitas, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).

CAÑIZARES LASO, Ana, DE PABLO CONTRERAS, Pedro, ORDUÑA MORENO, Javier y VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario (dir.) (2011), *Código Civil Comentado*, Vol. IV, Libro IV-Obligaciones y contratos. Contratos en particular, derecho de daños y prescripción (Arts. 1445 al final), Civitas, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).

CARRASCO PERERA, Ángel / CORDERO LOBATO, Encarna / GONZÁLEZ CARRASCO, Carmen (2005), *Derecho de la construcción y la vivienda*, Dilex, Madrid.

CARRASCO PERERA, Ángel / CORDERO LOBATO, Encarna / GONZÁLEZ CARRASCO, M^a del Carmen (2000), *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, Aranzadi, Navarra.

CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Carmen (2015), «Las nuevas directivas de contratación pública: su incidencia en las encomiendas de gestión», *Revista de Auditoría Pública*, 2015 nº 65, pp. 81-98.

CEPEDA MORRÁS, Javier / YÁÑEZ DÍAZ, Carlos (2008), *Comentarios a la legislación de contratos del Sector Público*, Tirant lo Blach Tratados, Valencia.

COLÁS TENAS, Jesús (2009), *El contrato de concesión de obra pública. Estudios sobre la Ley de contratos del sector público*, Fundación Democracia y Gobierno Local, pp. 369-390.

COMISIÓN EUROPEA (2017), *Public Procurement Indicators 2015. DG GROW G4-Innovative and e-Procurement*. Ref. Ares (2016) 7128361-22/12/2016.

COMISIÓN EUROPEA (2014), *Evaluación del riesgo de fraude y medidas efectivas y proporcionadas contra el fraude*, CE Dirección General, EGESIF_14/0021/00- ES.

COMISIÓN EUROPEA (2010), *Comunicación de 3 de marzo de 2010, «Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador»*.

EUROPEAN COMMISSION (2009), *Information Note on Fraud Indicators for ERDF, ESF and CF*. EC DG REGIO, COCOF 09/0003/00- EN.

EUROPEAN COMMISSION (2001), *Communication on European Contract Law*, 398 final.

CLEMENTE DE DIEGO, Felipe (1959), *Instituciones de Derecho Civil Español*, Tomo II, Derecho de Obligaciones. Contratos. Derecho de familia, Artes Gráficas Julio San Martín, Madrid.

CLEMENTE DE DIEGO, Felipe (1922), *Fuentes del Derecho Civil Español*, vol. 6 Publicaciones de la Residencia de Estudiantes, Madrid.

CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA LA MANCHA, *Dictamen 279/2012, de 21 de noviembre*.

CONSEJO DE CUENTAS DE CASTILLA Y LEÓN (2018), *Informe de fiscalización de la contratación administrativa celebrada en el ámbito de la Administración General e Institucional de la Comunidad Autónoma, ejercicio 2016*.

CONSEJO DE CUENTAS DE CASTILLA Y LEÓN (2016), *Informe de fiscalización de la contratación administrativa celebrada en el ámbito de la Administración General e Institucional de la Comunidad Autónoma, ejercicio 2014*.

CONSEJO DE ESTADO (2016), *Dictamen nº 1.116/2015, de 10 de marzo de 2016. Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público*.

CONSEJO DE ESTADO (1997), *Dictamen 912/1997 de 27 de febrero de 1997*.

CONSEJO DE ESTADO (1992), *Dictamen 31/1992*.

CONSEJO DE ESTADO (1990), *Dictamen 54.472/1990 de 1 de marzo de 1990*.

CRESPO BARQUERO, Pedro (2016), *La reforma del Código penal operada por LO 1/2015, de 30 de marzo: responsabilidad penal de las personas jurídicas*.

CRESPO MORA, M^a Carmen (2013), «Las obligaciones de medios y de resultado de los prestadores de servicios en el DCFR», InDret, n^o 2/2013, Barcelona.

DAUNER-LIEB, Barbara, HEIDEL, Thomas und RING, Gerhard (2012), *NomosKommentar BGB Schuldrecht*, Band 2/2, 2. Auflage, §§611-853, Nomos, Baden-Baden.

DAUNER-LIEB, ARNOLD, DÖTSCH und KITZ, «Anmerkungen und Fragen zur konsolidierten Fassung des Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes».

DE ANDRÉS GUIJARRO, Francisco Javier y HERRERO PRIETO, Alejandro (2004), «El contrato de concesión de obras públicas: análisis de su actual regulación», *Revista jurídica de Castilla y León*, n^o 3, mayo 2004, pp. 79-146.

DE BARRON ARNICHES, Paloma (2017), *Las obligaciones de hacer en el Derecho Privado Europeo. Contratos de obra y de servicios*, Biblioteca de Derecho Europeo, Ediciones Olejnik, Santiago-Chile.

DE BARRÓN ARNICHES, Paloma (2012), «Comentario a los artículos IV.C.-1:101, 1:102,1:103, 2:101, 2:102, 2:103, 2:104, 2:105, 2:106, 2:107, 2:108, 2:109, 2:110, 2:111 DCFR», en VAQUER ALOY, Antoni, BOSCH CAPDEVILLA, Esteve y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M^a Paz (Coords.), *Derecho contractual europeo. Libros II y IV del MCR*, tomo II, Atelier, Barcelona.

DE BARRON ARNICHES, Paloma (2011), *El contrato de servicios en el nuevo Derecho contractual europeo*, Editorial Reus, Madrid.

DE BARRÓN ARNICHES, Paloma (2011) «El contrato de servicios y la propuesta de modernización del Código civil español», *Boletín del Ministerio de Justicia*, año LXV, núm. 2134.

DE BARRÓN ARNICHES, Paloma (2008), «Cuestiones sobre el contrato de servicios diseñado en el Marco Común de Referencia», *Indret*, n^o 3/2008, Barcelona, pp. 1-28.

DEL CAÑO GOCHI, Alfredo, DE LA CRUZ LÓPEZ, M. Pilar, DE LA CRUZ LÓPEZ Elisa M. (2008), *Contratación Pública en la construcción. España, Francia, Estados Unidos, Reino Unido y Japón. Análisis comparativo*, CIE Dossat, Madrid.

DE LOS MOZOS, José Luis (1965), *El Principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho civil español*, Barcelona, Bosch.

DEL OLMO GARCÍA, Pedro (2016), «La cláusula «rebus», la renegociación de los contratos y la intimidación/vicio: tres lados de un triángulo», en HORNERO MÉNDEZ, César, ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel y OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco (Dir.), *Derecho de Contratos: Nuevos Escenarios y Nuevas Propuestas*, Aranzadi, Cizur menor (Navarra).

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (2009). *Estudio doctrinal. La Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos*. Boletín General de Información del Ministerio de Justicia, año LXV, núm. 2130.

DÍEZ-PICAZO, Luis (2007), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Tomo I, 6ª edición, Thomson-Civitas, Madrid, p. 489.

DÍEZ-PICAZO, Luis, ROCA TRIAS, Encarnación, MORALES, Antonio M. (2002), *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Civitas, Madrid.

DÍEZ-PICAZO, Luis (1996), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias*, Civitas, Madrid.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (1993). *Comentario del Código civil*, Tomo II, Madrid, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones.

DÍEZ-PICAZO, Luis (1972), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Volumen Primero, Tecnos, Madrid.

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés (Dir.), INFANTE RUIZ, Francisco J., OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco et al. (2010), *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, Valladolid.

DORAL GARCÍA, José Antonio (2013) «El exceso en Derecho Civil (a propósito del artículo 1124 CC)» en **CUENA CASAS, Matilde, ANGUITA VILLANUEVA, Luis Antonio y ORTEGA DOMÉNECH, Jorge (Coords.)**, *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa*, Dykinson, Madrid.

DORREGO DE CARLOS, Alberto y MARTÍNEZ VÁZQUEZ, Francisco (2009), *La Colaboración Público- Privada en la Ley de Contratos del Sector Público, Aspectos administrativos y financieros*, La Ley, Madrid.

EHMANN, Horst; SUTSCHET, Holger (2006), *La Reforma del BGB. Modernización del derecho alemán de obligaciones*, Universidad Externado de Colombia, Editorial Cordillera, S.A.C., Bogotá.

EI DERECHO EDITORES (2010), *Derecho de la edificación y contrato de obra*, El Derecho, Madrid.

ERRINGTON, Mark (2013), «Allocation of Risk Issues in Offshore Construction Contracts», Asia Offshore Energy Conference 2013, RPC, 24 october 2013.

ESLAVA RODRÍGUEZ, Manuela (2003), *Contratos públicos internacionales*, COLEX, Madrid.

ESSER, Jossef (1953), *JZ*.

ESTRUCH ESTRUCH, Jesús, en CAÑIZARES LASO, Ana, VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario, et al. (2016), *Código Civil Comentado*, Vol. IV, Libro IV-

Obligaciones y contratos. Contratos en particular, Derecho de daños y prescripción, Civitas, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).

ESTRUCH ESTRUCH, Jesús, MARTINEZ VELENCOSO, Luz, SERRA RODRÍGUEZ, Adela, VERDERA SERVER, Rafael (2009), *Derecho de contratos. Contratos en particular*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).

FALLON, Marc, KINSCH, Patrick et KOHLER, Christian (2011), *Le droit international privé européen en construction. Vingt ans de travaux du GEDIP*, Intersentia, Cambridge.

FENOY PICÓN, Nieves (2011), «La Modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte segunda: los remedios del incumplimiento», *Anuario de Derecho civil*, tomo LXIV- IV, pp. 1481-1684.

FENOY PICÓN, Nieves (2010), «La Modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: Aspectos generales. El incumplimiento», *Anuario de Derecho civil*, núm. LXIII-1, enero 2010, pp. 47–136.

FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia (2014), *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra).

FERNÁNDEZ ASTUDILLO, José María (2018), *El nuevo régimen de la Contratación Pública, Comentarios a la luz de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público*, Wolters Kluwer, Bosch, Las Rozas (Madrid).

FERNÁNDEZ ASTUDILLO, José María (2008), *Contratación Pública*, Tomo I, Comentarios a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, Bosch, Barcelona.

FERNÁNDEZ ASTUDILLO, José María (2008), *Contratación Pública*, Tomo II, Comentarios a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, Bosch, Barcelona.

FERWERDA, J., DELEANU, I., UNGER, B. (2017), «Corruption in Public Procurement: Finding the Right Indicators», *European Journal on Criminal Policy and Research*.

FISAC DE RON, M^a Paloma (2001), *El Cumplimiento del Contrato de Obra: La Recepción*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid.

GARCÍA CANTERO, Gabriel (1980), *Comentarios a los arts. 1415 a 1541*, Tomo XIX, M. Albadalejo (dir) *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, Madrid.

GARCÍA GIL, Francisco Javier (2000), *El Contrato de ejecución de obra y su jurisprudencia*, Dykinson, Madrid.

GARCÍA GOYENA, Florencio (1974), *Concordancias, motivos y comentarios al Código Civil Español*, Cometa, Zaragoza.

GARCÍA ROSA, Mirta (2019), «Restablecimiento del equilibrio económico del contrato: el *factum principis*», *Revista de Auditoría Pública, Revista de los Órganos Autonómicos de Control Externo*, Junio 2019 nº 73, pp. 105-111.

GARCÍA RUBIO, María Paz (2015) «Hacia un nuevo Código de Obligaciones y Contratos por el camino equivocado. Propuestas de rectificación», en *Codificaciones del Derecho privado en el s. XXI*, Roca Trías, Encarnación (Dir.), Cazorla González-Serrano, M^a del Carmen (Coord.), Thomson Reuters, Civitas, Cizur Menor (Navarra), pp. 61-113.

GARCÍA RUBIO, María Paz y OTERO CRESPO, Marta (2010), «La responsabilidad precontractual en el Derecho precontractual europeo», *Indret* nº 2/2010.

GARCÍA TRAMÓN, Javier en PALOMAR OLMEDA, Alberto y GARCÉS SANAGUSTÍN, Mario, et al. (2018), *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público. Adaptados a la Orden HFP/1298/2017, de 26 de diciembre*, La Ley, Wolters Kluwer, Madrid.

GARRIDO FALLA, Fernando (2008), *Tratado de Derecho Administrativo*, Volumen II, Madrid.

GATTI, Steffano, *Project Finance in Theory and Practice*, Academic Press, USA.

GIMENO FELIÚ, José M^a (2006), *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva ley de contratos públicos y propuestas de reforma*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).

GOBIERNO DE COLOMBIA (2011), *Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación*, Colombia compra eficiente.

GÓMEZ CALLE, Esther (2012), «Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia», *Anuario de Derecho Civil*, núm. LXV-I, enero 2012, pp. 29-102.

GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos (2015), «Remedios ante la falta de conformidad», Ponència a les XVIIIenes Jornades de Dret Català a Tossa, Universitat de Girona.

GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos (2007), *Solidaridad y derecho de daños: los límites de la responsabilidad colectiva*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).

GÓMEZ POMAR, Fernando y GILI SALDAÑA, Marian (2012). «El futuro instrumento opcional del Derecho contractual europeo: una breve introducción a las cuestiones de formación, interpretación, contenido y efecto», *Indret*, 1,27. Disponible en http://www.indret.com/pdf/872_es.pdf

GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V. (2006), «Contrato de colaboración público-privada», *Revista de Administración Pública*, número 170, Madrid.

GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V. (2010), *Colaboración público-privada e infraestructuras de transporte. Entre el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado y la atipicidad de la gestión patrimonial*, Cedit, Marcial Pons, Madrid.

GONZÁLEZ LAVÍN, Alfonso P. (2019), «La Contratación Pública en el exterior», *Revista de Auditoría Pública, Revista de los Órganos Autonómicos de Control Externo*, junio 2019 nº 73, pp. 95-104.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel (2009), «Los Principios Lando», en **BOSCH CAPDEVILA, Esteve (dir.)**, *Decanato del Colegio de Registradores de Catalunya (coord.)*, *Derecho Contractual Europeo*, Editorial Bosch, Barcelona.

HERBERGER, Maximilian, MARTINEK, Michael, RÜßMANN, Helmut und WETH, Stephan (2010), *Juris PraxisKommentar BGB Schuldrecht*, Teil 2: §§ 631 bis 853, Juris GmbH, Saarbrücken.

HERNÁNDEZ- MARTÍ, Juan (1966), «Compraventa internacional (Convenio de Viena de 1980)», *Revista General de Derecho*, mayo 1966, p. 4.986.

HONNOLD, John O. (1991), *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Conventions*, Deventer /Boston, Kluwer, Second Edition.

HUERGO LORA, Alejandro (2018), «Skin in the game: riesgo operacional y responsabilidad patrimonial administrativa», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 74, marzo 2018, pp. 20-33.

INFANTE RUIZ, Francisco José (2008), *Contrato y término esencial*, La Ley, Madrid.

INFANTE RUIZ, Francisco José (2008), «Entre lo político y lo académico: un *Common Frame of Reference* de derecho privado europeo», *Indret*, nº 2, abril 2008, Barcelona, pp. 1-44.

INFANTE RUIZ, Francisco José (2003), «La reforma del derecho de daños en Alemania», *Revista de derecho patrimonial, Aranzadi*, 2-11, pp. 131-150.

INFANTE RUIZ, Francisco José (2002), *La Responsabilidad por daños: Nexos de causalidad y «causas hipotéticas»*, Tirant lo Blanch, Valencia.

INFANTE RUIZ, Francisco José (2002), «Apuntes sobre la reforma alemana del derecho de obligaciones: la necesitada modernización del derecho de obligaciones y la gran solución», *Revista de derecho patrimonial, Aranzadi*, 1- 8, pp. 153-171.

INSTITUTO DE CONTABILIDAD Y AUDITORÍA DE CUENTAS (2013), *Norma Internacional de Auditoría 240 (NIA-ES 240). Responsabilidades del auditor en la auditoría de estados financieros con respecto al fraude*. Adaptada para su aplicación en España mediante Resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, de 15 de octubre de 2013.

JANSEN, Nils, «Tagespolitik, Wertungswandel und Rechtsdogmatik».

JIMÉNEZ HORWITZ, Margarita (2012), «La distinción entre los contratos de obras y servicios en el Derecho español (estudio comparado con el Derecho alemán)», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXV, fasc. II.

JORDANO FRAGA, Francisco (1991), «Obligaciones de medios y de resultado (a propósito de alguna jurisprudencia reciente)», *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLIV, fascículo I, pp. 5-96.

JUAN LOZANO, Ana María y RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, Jesús (2006), *La Colaboración Público- Privada en la financiación de las infraestructuras y servicios públicos. Una aproximación desde los principios jurídico-financiero*, Instituto de estudios fiscales, Madrid.

JUÁREZ TORREJÓN, Ángel (2016), «Autonomía de la voluntad, derecho dispositivo, y distribución del riesgo contractual», en HORNERO MÉNDEZ, C., ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. y OLIVA BLÁZQUEZ, F. (Dir.), *Derecho de contratos: nuevos escenarios y nuevas propuestas*, Aranzadi, Cizur menor (Navarra).

JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DEL ESTADO, Recomendación de 10 de diciembre de 2018.

JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DEL ESTADO, *Informes 7/03, de 22 de diciembre y 61/08, de 31 de marzo de 2009*.

JUNTA SUPERIOR DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE VALENCIA (2014), *Informe 4/2014, de 24 de noviembre de 2014*.

KLABBERS, Jan (2017), *International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, UK.

KRIEGER, Rudiger, «The United Nations Convention on Contract for the International Sales of Goods: an assessment of its impact on international transactions», *The South African Law Journal*, 1989.

LANDO, Ole (2007), «Is good faith an over-arching general clause in the principles of european contract law?» en DIAZ ALABART, Silvia, ANDENAS, Mads, MARKESINIS, Sir. Basil, MICKLITZ, Hans, PASQUINI, Nello (eds), *Liber amicorum guido alpa. Private Law Beyonds the National Systems*, British Institute of International & Comparative Law, London.

LANDO, Ole et al. (2003) *Principles of European Contract Law, Part III*, Kluwer Law International, The Hague-London-New York.

LACRUZ BERDEJO et al. (2005), T. II-2º.

LILLEHOLT, Kare (2011) «Passing of Risk and the Risk of Mystification: Some Drafting Issues», *European Review of Private Law* 6-2011.

LINACERO DE LA FUENTE, María (2007), *Los riesgos en el contrato de compraventa. La reforma del Artículo 1452 del Código Civil*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid.

LÓPEZ HERNÁNDEZ, Antonio M. y MARTÍNEZ MONTES, Germán (2019), «La gestión sistemática del riesgo en la contratación pública. Una oportunidad para la mejora», *Revista de Auditoría Pública, Revista de los Órganos Autonómicos de Control Externo*, junio 2019 nº 73, pp. 17-28.

LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel Manuel (2019), **VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario (ed.), SERRANO FERNÁNDEZ, María, SÁNCHEZ LERÍA, Reyes (coord.), INFANTE RUIZ, Francisco J., LÓPEZ DE LA CRUZ, Laura, OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco, PÉREZ VELÁZQUEZ, Juan Pablo et al., Derecho Civil Patrimonial II**, Tirant lo Blanch, Valencia.

LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel Manuel (2013), **VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario (dir.), SERRANO FERNÁNDEZ, María (coord.), LÓPEZ DE LA CRUZ, Laura, LÓPEZ NIETO, Concha, PÉREZ VELÁZQUEZ, Juan Pablo, PIZARRO MORENO, Eugenio, SÁNCHEZ LERÍA, Reyes, VÁZQUEZ PASTOR JIMÉNEZ, Lucía, Tratado Jurisprudencial de Responsabilidad por daños**, Tirant lo Blanch, Valencia.

LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel Manuel (2019), **VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario (dir.), INFANTE RUIZ, Francisco J., LÓPEZ DE LA CRUZ, Laura (coord.), Derecho Civil Patrimonial I**, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel Manuel (1996), *Contratos de servicios y de obra*, Proyecto de Ley y ponencias sobre la reforma del Código Civil en materia de contratos de servicios y de obra, en **SÁNCHEZ LERÍA, R. (2019), Tema 13: «Los contratos de obra y servicios»**, en **LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (dir.), INFANTE RUIZ, F. J., LÓPEZ DE LA CRUZ, L. (coord.), Derecho Civil Patrimonial I**, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel Manuel (1993), *Artículo 1452, en Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid.

LÓPEZ VILLEGAS, Pablo (1996), *Contrato de Obras de la Administración*. Junta de Andalucía. Consejería de Gobernación. Instituto Andaluz de Administración Pública.

LORA-TAMAYO VALLVÉ, Marta (2002), *Urbanismo de obra pública y derecho a urbanizar*, Marcial Pons, Madrid.

LUCAS FERNÁNDEZ, Francisco (1986), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales. Artículos 1583 a 1603 del Código Civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, Tomo XX, vol. 2º, Madrid.

MANRESA Y NAVARRO, José María (1969), *Comentarios al Código Civil Español*, Artículos 1542-1603, Tomo X, vol. II, Instituto Editorial Reus, Madrid.

MAPELLI LÓPEZ, Enrique: Voz “Handling”, en **TAPIA SALINAS, Luis y MAPELLI, Enrique** (1991): *Ensayo para un Diccionario de Derecho Aeronáutico*. Instituto

Iberoamericano de Derecho Aeronáutico, del Espacio y de la Aviación Comercial, Madrid, p. 401.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia, en DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés (Dir.) (2010), *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, Valladolid.

MARTÍNEZ FUENTES, Ángel Luis (2018), «El análisis de riesgos al elaborar el Plan Anual de Control Financiero de acuerdo con el Real Decreto 424/2017 de 28 de abril», *Revista de Auditoría Pública*, núm. 71, pp. 65-74.

MARTÍNEZ MAS, Francisco (2001), *La terminación, entrega, recepción y liquidación en el contrato de obra de edificios*, Dykinson, Madrid.

MELGAREJO VARGAS, Atenea (2017), «La distribución de los riesgos “inter partes” en la colaboración público-privada y su incidencia práctica internacional. Análisis comparativo de riesgos del contrato de obra en el Código Civil y el contrato de colaboración público-privada», *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 42, Enero-Abril 2017, Aranzadi, p.14.

MENÉNDEZ GÓMEZ, Emilio (2008), *Contratos del Sector Público: Contrato de Obras Públicas*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).

MICELI, Thomas J. (2005), *The Economic Approach to Law*, 2nd ed., Stanford Economics and Finance, Stanford.

MICELI, Thomas J. (1997), *Economics of the Law. Torts, Contracts, Property, Litigation*, Oxford University Press, Oxford.

MICKLITZ, Hans-W., CAFAGGI, Fabrizio et al. (2010), *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, Cheltenham, UK / Northampton, Massachusetts, USA.

MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO DE COLOMBIA, MHCP (2011), *Documento Conpes 3714. Del riesgo previsible en el marco de la política de contratación pública*.

MORALES MORENO, Antonio Manuel (2010), *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Aranzadi, Cizur menor (Navarra).

MORALES MORENO, Antonio Manuel (2006), *La Modernización del Derecho de Obligaciones*, Aranzadi, Cizur menor (Navarra).

MORENO GARCÍA, Elena (2017), «¿Qué es el compliance?»
<http://www.autonomo.es/opinion/item/5403-que-es-el-compliance>.

MORILLAS JARILLO, María José, GONZÁLEZ FORNOS, María (2014), en **YZQUIERDO TOLSADA, Mariano**, *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales con sus implicaciones tributarias*, Tomo V, *Contratos de prestación de servicios y realización de obras (II)*. Editorial Aranzadi. Thomson Reuters, Cizur menor (Navarra).

NIETO GARRIDO, Eva (2003), «El *New Public Management* y el gobierno a través de contratos en el Reino Unido», *Revista de Administración Pública*, nº 162, septiembre-diciembre 2003.

OCDE (2016) *Recomendación del Consejo sobre Contratación Pública*. Dirección de Gobernanza Pública y Desarrollo Territorial, OCDE.

OECD (2014), *OECD Foreign Bribery Report: An Analysis of the Crime of Bribery of Foreign Public Officials*, OCDE Publishing, Paris.

OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco (2016), «Nuevos marcos normativos para los contratos nacionales e internacionales», en HORNERO MÉNDEZ, César, ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel y OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco (Dir.), *Derecho de contratos: nuevos escenarios y nuevas propuestas*, Aranzadi, Cizur menor (Navarra).

OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco (2002), *Compraventa Internacional de Mercaderías (Ámbito de aplicación del Convenio de Viena de 1980)*, Tirant lo Blanch, Valencia.

OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco (2000), *La Transmisión del Riesgo en la Compraventa Internacional de Mercaderías: El Régimen Jurídico del Convenio de Viena y sus primeras aplicaciones jurisprudenciales*, Tirant lo Blanch, Valencia.

OLIVENCIA RUIZ, Manuel (1983) *Derechos y obligaciones del vendedor y transmisión de los riesgos en la Convención*, en Coloquio internacional de Derecho Mercantil: la Convención de las Naciones Unidas sobre la compraventa internacional de mercaderías. Instituto de Investigaciones jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, 28-31.7.1981, Anuario Jurídico, México D.F.

ORDOÑEZ SOLÍS, David (2002), *La Contratación Pública en la Unión Europea*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).

ORDUÑA MORENO, Francisco Javier y MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz María (2017), *La moderna configuración de la cláusula rebus sic stantibus*, 2ª ed., Civitas, Madrid.

ORTEGA DOMÉNECH, Jorge (2007), *El contrato de obra en la jurisprudencia*, Reus, Madrid.

PALAZÓN GARRIDO, María Luisa (2012), «Los límites temporales de la responsabilidad por defectos en la obra», *ADC, Tomo LXV, Fasc. II*.

PALAZÓN GARRIDO, María Luisa (2011), «El remedio resolutorio en la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones en España», en ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, PALAZÓN GARRIDO, María Luisa y MÉNDEZ SERRANO, María del Mar (Coord.), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*. Atelier, Barcelona, pp. 423-447.

PALOMAR OLMEDA, Alberto y GARCÉS SANAGUSTÍN, Mario et al. (2018), *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público. Adaptados a la Orden HFP/1298/2017, de 26 de diciembre*. La Ley, Wolters Kluwer, Madrid.

PALOMAR OLMEDA, Alberto (2013), *Encomienda de Gestión. Gestión Pública Actual: Régimen Jurídico y Mayor Eficacia*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).

PALOMAR OLMEDA, Alberto, DE ÁLVARO MONTERO, Ángel et al. (2011), *La Colaboración Público-Privada: Análisis Avanzado de los Problemas Prácticos de esa Modalidad Contractual*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).

PANTALEÓN PRIETO, Fernando (1993), «Las nuevas bases de responsabilidad contractual», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 46- IV, pp. 1719-1745.

PARLAMENTO EUROPEO (2010), *Resolución de 6 de mayo de 2010, sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades y la lucha contra el fraude*. DOUE C81E, de 15 de marzo de 2011.

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido, DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, BERCOVITZ, Rodrigo y SALVADOR CODERCH, Pablo (1993), «Comentarios a los artículos 1588 y ss», en *Comentario del Código Civil*, T. II, Madrid.

PERALES VISCASILLAS, María del Pilar (2007), «La aplicación jurisprudencial en España de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional, los principios de Unidroit y los principios del Derecho contractual europeo: de la mera referencia a la integración de lagunas», *La Ley*, nº 6725, pp. 1-18.

PERALES VISCASILLAS, María del Pilar (1996), *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, Tirant lo Blanch, Valencia.

PÉREZ VELÁZQUEZ, Juan Pablo (2013), *El proceso de modernización del Derecho Contractual Europeo*, Dykinson, Madrid.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco (2019), *La nulidad contractual en la jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia.

PETERS, en ERNST/ZIMMERMANN, pp. 280 y ss.

PLANIOL, Marcel, RIPERT, Georges et ESMEIN, Paul (1952), *Traité pratique de droit civil*, t. VI, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris.

QUICIOS MOLINA, Susana (2009), en «La ineficacia contractual», en RODRIGO BERCOVITZ y RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *Tratado de Contratos*, Tomo I, Tirant lo Blanc, Valencia.

RAAB, en DAUNER-LIEB, Barbara (2012), *BGB Schuldrecht, Lehrbuch*, 2. Auflage, cap. 9, Nomos, Baden-Baden.

RASTROLLO SUÁREZ, Juan José (2010), *Contratos Públicos. Adaptación del Derecho Español a la normativa comunitaria*, Editorial Juruá, Lisboa.

RAZQUIN LIZARRAGA, Martín María (2014), «Contrato de gestión de servicios públicos y recursos especiales en materia de contratación (presente y propuestas de reforma)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 161, pp. 37-74.

RIPERT, Georges et BOULANGER, Jean (1957), *Traité de Droit civil d'après le Traité de Planiol*, t. II, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris.

RIPERT, Georges et BOULANGER, Jean (1949), *Traité élémentaire de droit civil de Planiol*, t. II, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris.

RIPERT, Georges (1948), *Le Régime Démocratique et le Droit Civil Moderne*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris.

RIVERA RESTREPO, José Maximiliano (2017), «La Propuesta de Modernización del Código Civil Español en materia de Obligaciones y Contratos de la Comisión General de Codificación, Sección Civil, en lo que se refiere al derecho de opción del acreedor por incumplimiento contractual», *Revista de la Facultad de Derecho*, nº 42, enero-junio 2017, Universidad de la República, Uruguay, pp. 247-278.

RIVERA RESTREPO, José Maximiliano (2012), «Algunos comentarios acerca de la equidad natural a la luz de la sentencia de fecha 12 de marzo de 1984, dictada por la Corte de Apelaciones Presidente Aguirre Cerda», *Revista Ars Noni et Aequi*, nº 8, pp. 323-344.

RODRIGUEZ CASTAÑO, Antonio Ramón, GARCÉS SANAGUSTÍN, Mario, SÁNCHEZ MORÓN, Miguel y MORENO MOLINA, José Antonio (2009), *Aplicación práctica de la Ley de Contratos del Sector Público, Pliegos de Cláusulas, Comentarios e Informes*, Lex Nova, Valladolid.

RODRIGUEZ LÓPEZ, Pedro (2010), *Los contratos del sector público (Comentario)*, Edisofer, Madrid.

RODRIGUEZ LÓPEZ, Pedro (2010), *Contrato de concesión de obra pública*, Bosch, Barcelona.

RODRIGUEZ VARELA, N. (2008), «Modelos de colaboración público-privada. Experiencia de la Comunidad de Madrid: Nuevos equipamientos sanitarios», *Revista Española de Control Externo*, volumen X, número 28.

ROTH, Herbert (2007), «Comentario al parágrafo 313 BGB», en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil* (Redakteur: KRÜGER, Wolfgang), 5. Auflage, Beck, München.

ROTH, P.M. (1979) «The passing of Risk», *The American Journal of Comparative Law*.

ROZO SORDINI, Paolo Emanuele (1999), «Las obligaciones de medios y de resultado y la responsabilidad de los médicos y de los abogados en el Derecho italiano», *Revista de Derecho Privado*, núm. 4, pp. 139-149.

RUST (1997) *Gewährleistungsrecht*, pp. 35 y ss.

RUTGERS, Jacobien (2012), *European Contract Law and the Welfare State*, Europa Law publishing, Groningen, Amsterdam.

SALIBA, Aziz T. (2001), «Rebus sic stantibus: A Comparative Survey», *E Law, Murdoch University Electronic Journal of Law*, vol. 8, nº 3. Accesible en http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v8n3/saliba83_text.html

SALVADOR CODERCH, Pablo (2011), *Estudio doctrinal. Alteración de circunstancias en el art. 1.213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos*, Boletín del Ministerios de Justicia, año LXV, nº 2130.

SAN SEGUNDO MANUEL, Teresa (2001), *La recepción en el contrato de obra*, CISS, Valencia.

SÁNCHEZ CALERO, F.J. (1978), *El Contrato de obra. Su cumplimiento*, Madrid.

SÁNCHEZ LERÍA, Reyes (2019), Tema 13: «Los contratos de obra y servicios», en LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (dir.), INFANTE RUIZ, F. J., LÓPEZ DE LA CRUZ, L. (coord.), *Derecho Civil Patrimonial I*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

SCHULZE, Reiner y ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen (2012), «Las líneas centrales del estudio comparativo del contrato de obra en Alemania y España», *Anuario de Derecho Civil*, Núm. LXV-II, abril 2012, pp. 547-550.

SCHULZE Reiner (2003), «Comentario al parágrafo 313 BGB», en SCHULZE, DÖRNER, EBERT, ECKERT, HOEREN, KEMPER, SAENGER, SCHULTE-NÖLKE y STAUDINGER, *BGB. Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar*, 3. Auflage, Nomos, Baden-Baden.

SENDMEYER, Stefanie (2012), «La responsabilidad por vicios en el contrato de obra del Derecho alemán», *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXV, Fasc. II, abril 2012, pp. 585-611.

SERRANO FERNÁNDEZ, María (2019), Tema 7: «Las obligaciones y los sujetos que la integran», en LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (dir.), INFANTE RUIZ, F. J., LÓPEZ DE LA CRUZ, L. (coord.), *Derecho Civil Patrimonial I*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

SINDICATURA DE COMPTES DE LA GENERALITAT VALENCIANA (2016), *Informe de fiscalización de diversos aspectos de la actividad económico financiera del Ayuntamiento de Bellregurd, del ejercicio 2014*.

SINDICATURA DE CUENTAS DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS (2016), *Informe de fiscalización sobre la Cuenta General del Principado de Asturias*, Ejercicio 2015, p. 105.

STAUDINGER/PETERS, art. 633, n.m. 48; **ERMAN/SEILER**, art. 633, n.m. 5; **PALANDT/SPRAU**, antes del artículo 633, n.m. 1.

STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE and RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), VON BAR, Christian and CLIVE, Eric (Eds.) (2010), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, Vol. II, III.-5:101 to IV.C.- 8:III, Oxford University Press, Oxford.

TERÉ PÉREZ, Alejandro (2019), «Algunos aspectos relevantes de la doctrina sobre contratación pública contenida en los informes de fiscalización de las instituciones de control externo», *Revista de Auditoría Pública, Revista de los Órganos Autonómicos de Control Externo*, junio 2019 nº 73, pp. 29-42.

THE INSTITUTE OF INTERNAL AUDITORS, IIA (2017), *International Standards for the Professional Practice of Internal Auditing (Standards)*.

TREITEL, G. H. (1994), *Frustration and Force Majeure*, Sweet and Maxwell, London.

UNE-ISO 31000 (2018) *Gestión del riesgo. Directrices*. Asociación Española de Normalización y Certificación (AENOR), 28 de marzo de 2018, Madrid.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario y VERDERA SERVER, Rafael (Coordinadores) (2001), *Derecho Civil. Derecho de obligaciones y contratos*, Tirant lo Blanch, Valencia.

VAQUER ALOY, Antoni (2012), «La responsabilidad civil de los profesionales frente al Derecho contractual europeo», pp. 4, 8 y 15, en **DE BARRÓN ARNICHES, Paloma (Dir.)**, «Ejercicio de las profesiones liberales y responsabilidad civil», Comares, Granada.

VAQUER ALOY, Antoni (2011), «El Principio de conformidad: ¿supraconcepto en el derecho de obligaciones?», *Anuario de Derecho Civil*, núm. LXIV-I, enero 2011, pp. 5-39.

VÁZQUEZ MATILLA, Francisco Javier en PALOMAR OLMEDA, Alberto y GARCÉS SANAGUSTÍN, Mario, et al. (2018), *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público. Adaptados a la Orden HFP/1298/2017, de 26 de diciembre*. La Ley, Wolters Kluwer, Madrid.

VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, Lucía (2015), «El «vaivén» de la moderna jurisprudencia sobre la cláusula *rebus sic stantibus*», *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 4, octubre-diciembre, pp. 65-94.

VICENTE IGLESIAS, José Luis (2008), *Comentarios a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid.

VILLANUEVA LUPION, Carmen (2009), *El servicio como objeto de tráfico jurídico*, Editorial La Ley, Madrid.

VILLAR ROJAS, Francisco José (2005), «La concesión administrativa de obra pública como nueva fórmula de gestión de servicios sanitarios», ponencia impartida en el XIV Congreso Derecho y Salud, organizado por la Asociación Juristas de la Salud, Zaragoza, del 23 al 25 de noviembre de 2005.

VON BAR, Christian et al. (2008), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*.

VON HEIN, Jan (2015), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Internationales Privatrecht I*, Verlag C.H. Beck, München.

WERTENBRUCH, Johannes (2012), *BGB Allgemeiner Teil*, Lernbücher Jura, Verlag C.H. Beck, München.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (dir.) (2014), *Contratos Civiles, Mercantiles, Públicos, Laborales e Internacionales, con sus implicaciones tributarias, Tomo V, Contratos de prestación de servicios y realización de obras (II)*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (dir.) (2014), *Contratos Civiles, Mercantiles, Públicos, Laborales e Internacionales, con sus implicaciones tributarias, Tomo XIV, Los Contratos Públicos*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).

ZIMMERMANN, R., D. LEENEN, H.-P. MANSEL y W. ERNST (2001), «Finis Litium? Zum Verjährungsrecht nach dem Regierungsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes», *JZ*, 13.

ZIMMERMANN, Reinhard (2001), «Schuldrechtsmodernisierung», *JZ*, 4.

ZIMMERMANN, Reinhard (1996), *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, Oxford.